重大历史案例的法理研究

ZHONG DA LI SHI AN LI DE FA LI YAN JIU

侯惠勤　陈湘文　李义松　编著

中南大学
图书馆藏

湖南人民出版社

VISIT…

LANZAROTE Caliente.com

图书在版编目(CIP)数据

重大历史案例的法理研究/侯惠勤,陈湘文,李义松 编著.—长沙:湖南人民出版社,2003.11

ISBN 7-5438-3458-8

Ⅰ.重... Ⅱ.①侯...②陈...③李... Ⅲ.案例-研究-世界 Ⅳ.D911.05

中国版本图书馆CIP数据核字(2003)第079270号

责任编辑:易和声

装帧设计:虢　剑

重大历史案例的法理研究

侯惠勤　陈湘文　李义松　编著

*

湖南人民出版社出版、发行

(长沙市展览馆路66号　邮编:410005)

湖南省新华书店经销　核工业二三〇印刷厂印刷

2003年11月第1版第1次印刷

开本:850×1168　1/32　印张:15.75

字数:385,000　印数:1-4,000

ISBN7-5438-3458-8

D·551　定价:25.00元

序　言

侯惠勤

辩证法的第一要旨是强调事物间的相互关联、相互作用，因此，观察事物的洞察力无非有两种表现方式：一是见微知著、以小见大，正所谓“一叶知秋”；二是高屋建瓴、纲举目张，正所谓“一览无余”。本书最初的构想是走第一条道路，即通过历史上、实践中产生过重大影响且富有争论空间的典型案例，透视人类的法治历程，彰显人类法的精神及其趋势，而为当代的法治实践提供启示。然而当这些构想付诸实施时，马上遇到了几乎无法逾越的障碍，这就是法的形而上和形而下问题。事实上，我们往往不加区分的所谓“法理”，却遮蔽着逻辑之理和理念之理的分野。前者是对于独断论前提（公理）的运用，是有限之理，而后者则是对于这一前提的质疑和辩驳，是研究“理”之所以为理的根据，因而是理之“大全”；前者可以从经验事实（包括案例）中导出，立足于实体法，倾向于实证式研究，而后者则不可能完全由经验证明或推倒，立足于“应然”，只好诉诸哲学或宗教；前者铺设对于现行法的合理以至崇敬之心态，而后者则直面法在现实中的无奈、扭曲以至荒诞，酿就了对于法的怀疑情绪。这就是法哲学或法理学应归于哲学还是法学长期争论不休的根本原因之所在。法理的这种矛盾，实际上是知识与信仰、科学与人文界限的一种表现，实在难以廓清。

虽然如此，并不等于说我们在这方面就不能有所作为了。不

论两者之间有多么巨大的差异，追求法的“真”（正确）以及在此基础上的真善美之统一，总是我们（以及所有人类精神）最终的指归．因此，从更深的意义上说，展示法的严谨、完备、可靠可行与揭示法的疏漏、局限及可疑可怜同样有价值。事实上，现实中存在着的不同的法学体系（如西方就有欧美法系和大陆法系之分）和法学学派并非势不两立，而是相互补充、相互渗透，以一种不很纯粹的方式表现。就拿案例分析来说吧，这本是欧美法系较为注重的研究方式，而现在也同样流行于欧洲大陆；对于同一个案例，不仅有很大的法理辨析空间，而且具有更为开阔的法理想像空间，与理解者自身的学识乃至信仰都密不可分。因此，重要的不是定于一尊，也不是各执一端，而是在宽松（形成各种观点得以充分展示的环境）基础上的综合．正是基于这一认识，我们调整了思路，力图在发挥案例分析优势的同时，也能使人感受到宏观驾驭之魅力。这不仅体现在导论中，也体现在各个案例的法理辨析中。

从我国法学界的状况看，改革开放前深受苏联法学影响，此后则大量学习引进了西方各种法律体系和法学思想，但从法理学的角度看，受西方大陆法系的影响似乎更大些。应当承认，这些年来，我国法理学研究和教学都有了明显的进步，形成了新型的法理学教学构架。其中，较为典型的一种就是以法的本体、法的运行、法的演进、法与社会等为基础，形成了一个体系．无疑，这些体系的建构是法理学学科建设的一大进展。但是，当前法理学教学中都存在着倾向于理论的逻辑推演，强调其法理体系的理论合理性而忽视法理的实践性问题，因此在不同程度上出现了教学与实践联系不够紧密、甚至有点脱节。法理教学不应该是抽象教条的集成，而应该面向法律事实，在生动的案例中学习和运用法理。法学是一种实践科学，它和经济学、管理学一样离不开对于典型事例的研究。在美国，哈佛大学法学院最早把案例教学作

为法学教学的主要形式，由于这一方式与英美案例法国家的司法实践相契合，逐步成为西方主流的教学模式。案例教学在法学也如同案例教学在经济学、管理学的情形一样，正在世界范围内获得越来越多认同和发展，形成了一种趋势。中国的法学教育正在案例教学方面做出初步的尝试，但是这些尝试主要是在部门法的领域，而在法理学上还没有比较系统化的著述。本书正是基于案例教学的基本理念，试图为法理学的学习和研究提供一本参考读物，并为推动法学的案例学习而努力。

法学思想的演变总的看来还是有规律的，突出地表现在法理的发展与法律实践的历史相一致。法理是历史地前行，每一个案例忠实地记录了法理的历史演变。历史是一条长河，众多的案例沉浮其中，我们试图在这条长河中拾取几朵浪花，以折射法理历史的演进。在刚刚过去的20世纪，40年代纽伦堡审判和东京审判标志着自然法理念的复兴，而到了80、90年代的辛普森案和克林顿案无疑是程序正义对于实体正义的胜利，显示出实证法学的主导地位仍然不可动摇。整个20世纪的西方法学交织着自然法学、分析法学和社会法学的斗争，在多元化的格局中展现法理观念的激烈交锋。对于中国法制建设来说，20世纪更具有开创性的意义。从辛亥革命以来的中国法律史上的三次大的转折都发生在这100年中。陈独秀案和“七君子”案，是民国初年的重大政治案件，它发生在中国引进西方法制体系的最初年代；林彪、江青反革命集团案标志着对于人治的告别和法治的重新确立，是新中国成立后的又一次重大转折的开始；而在改革开放时期出现的安乐死案，表明了法律转向对于个人的深切关注的趋向。所有的这些，或许是不全面的，因为它们只是案例中的一小部分，但是它们却是具体的，是有代表性的案例，而对于这些案例的深入分析则有助于我们了解法理的历史，也就是了解法理的根基。

对于中国法制的现代化建设来说，以马克思主义的法学为指

导，总结国内外法律实践的经验，不断丰富和发展马克思主义的法学思想，是法制建设的必然要求。中国的法制建设不能割断历史，要正确总结历史的经验。例如，陈独秀案提出了一个革命权的问题，革命权是马克思主义的基本主张，革命是对于现行法制的否定，没有革命权，也就没有人民革命的的合法性，革命权在马克思主义法学中永远有一席之地，我们不能告别革命。但是马克思主义的法学也要结合当代社会实践而不断发展，我们要把历史和当代相结合，要把传统性和现代性相结合。我们既要在政治革命的问题上作出科学的回答，也要在当代所涉及的个人利益、全球利益等有关方面的法学实践中作出科学的回答。中国的法制建设同样也不能与外部世界相隔离，要放眼世界，准确总结西方法制实践的得失，吸取西方法学理论的有用成分。如果说辛普森案提出了程序主义的局限性问题，那么在中国法制建设中如何权衡和处置程序正义取向和实体正义取向同样是一个非常值得研究的问题。我们研究和学习的目的就在于为中国的法制建设提供有益的思想材料。

最后想提到的是，本书选取了10个经典的案例，我们为了找到第一手的资料作了很大的努力，先后多次到北京图书馆、上海图书馆以及本校图书馆查阅资料。这些著名的案例虽然都曾经轰动一时，但是要找到其散落各处的原始材料却并不容易，而有两个案子的资料竟然是在南京一个旧书店中找到的。本书所附的国内案例的资料是在很齐全的资料基础上精选的，而国外的几个案例，也尽可能收集了现有的中文资料，并且翻译了部分英文资料，应当是可靠的。这些努力一方面兴许可以减轻对这些案例的关心者查找资料的辛劳，而更主要的是研究这些宝贵的资料将使所有法学界和关心法学的人都从中得到各自有益的启示。

是为序。

目 录

第一章 导论：法理的历史昭示
——兼论马克思主义法哲学的历史使命 ……… (1)
一、法治与意识形态 ……… (1)
二、从何种意义上说，历史并没有终结？ ……… (6)
三、法治路径与“法治资源” ……… (13)
四、法治与信仰：或者是《圣经》，或者是《共产党宣言》 ……… (16)
五、权利本位论和个人本体论 ……… (26)
六、关于法律和道德的关系 ……… (31)

第二章 自然法理念的复兴
——纽伦堡审判 ……… (38)
一、案情介绍：影响世界文明进程的审判 ……… (39)
二、你们的“信念”和“价值”“与我们的审判无关” ……… (44)
三、对被告的行为应该适用何种法律？ ……… (46)
四、政治领导者个人对其发动的战争承担刑事责任吗？ ……… (49)
五、反思：法律实证主义、自然法理论及其超越 ……… (54)
六、案例资料选编：杰克逊的法庭演说、雅尔赖斯总辩护书等 ……… (58)

第三章 战争罪及其审判权
——东京大审判 ……………………………………（83）
一、案情介绍：人类历史上迄今为止规模最大的一次国际审判……………………………………（84）
二、法庭审判权合法性之争……………………………（87）
三、战争罪行不容抵赖…………………………………（89）
四、自卫还是侵略？……………………………………（93）
五、“共同谋划”成立吗？……………………………（97）
六、对本案涉及的若干深层次法哲学问题的几点反思……………………………………………………（101）
七、案例资料选编：清濑一郎在远东国际法庭为日本战犯所作的辩护辞等……………………………………（107）

第四章 合法斗争权与革命权
——陈独秀危害民国案 ……………………………（133）
一、案情介绍：陈独秀的第五次入狱及审判…………（134）
二、本案的辩护理据：五“别”与一“同”…………（136）
三、法理聚焦：国家、政府与革命的问题……………（141）
四、案例资料选编：章士钊、陈独秀的辩护辞等……（150）

第五章 司法独立与司法公正
——七君子之狱 ……………………………………（167）
一、案情介绍：因爱国而入狱的七君子案……………（168）
二、对检方所列十项证据的驳斥………………………（169）
三、法理辨析：司法独立、法与国家利益之冲突以及罪刑法定原则……………………………………（175）
四、对我国现阶段司法独立问题的一些思考…………（182）

五、案例资料选编：沈钧儒等答辩状等………………（185）

第六章　政治责任和法律责任的界线

——林彪、江青反革命集团案 …………………（228）
一、案情介绍：窃国大盗的倾覆………………………（229）
二、法律依据和刑法的溯及力问题……………………（231）
三、刑事犯罪还是“路线问题”？ ……………………（232）
四、主犯与主犯都一样吗？ …………………………（235）
五、反思：人治还是法治？ …………………………（236）
六、案例资料选编：最高人民检察院特别检察厅起诉书、
律师的辩护辞等………………………………（243）

第七章　政治人物的道德责任与法律责任

——克林顿绯闻案 ……………………………（285）
一、案情介绍：总统的桃色新闻与弹劾案……………（286）
二、克林顿案中的两个基本法律问题：总统的“暂时
豁免权”与“伪证罪”等罪行的法律责任………（288）
三、关于法治问题的若干理论思考：法律与权力、法律
与道德、法律与政治等…………………………（292）
四、案例资料选编：斯塔尔报告要点、白宫的辩驳书摘
编等………………………………………………（302）

第八章　程序正义的价值与局限

——辛普森谋杀案 ……………………………（319）
一、案情介绍：网球明星涉嫌谋杀妻子………………（319）
二、本案处理中的公正与不公正……………………（321）
三、法理反思：程序正义的价值与局限………………（330）
四、案例资料选编：法庭辩论节选等…………………（337）

第九章　严格责任原则的运用
——希克伍德诉科尔－麦克基公司索赔案 …… (360)
一、案情介绍：一起钚致人死亡案的责任纠纷……… (361)
二、何谓“严格责任”？ ……………………………… (363)
三、“钚是怎样跑出来的”？ …………………………… (365)
四、惩罚性伤害赔偿金：绝不让美国工人再因“受欺骗而失去生命” ……………………………………… (367)
五、对“危险责任应该由危险形成者承担”法理理念的反思………………………………………………… (370)
六、案例资料选编：斯宾塞在希克伍德诉科尔－麦克基公司索赔案中的法庭演说…………… ………… (374)

第十章　消费者概念的推广
——台湾“马偕医院肩难产案” ……………… (398)
一、案情介绍：适用消费者保护法的医疗案………… (399)
二、原告的主张、被告的抗辩以及法院的裁判……… (402)
三、本案焦点问题及其反思…………………………… (406)
四、案例资料选编：台北地方法院民事判决、台湾高等法院民事判决（节选） ………………………… (418)

第十一章　生命权的法理分析
——陕西省汉中安乐死案 ……………………… (437)
一、案情介绍：全国首例安乐死案…………………… (438)
二、法庭交锋与法院裁决……………………………… (440)
三、本案焦点问题及其分析——以部门法为思考范围 ……………………………………………………… (444)
四、法哲学视域中的安乐死合法化问题……………… (450)

五、案例资料选编：第一轮辩护辞等…………………（461）

后记 ……………………………………………………………（487）

第一章　导论：法理的历史昭示

——兼论马克思主义法哲学的历史使命

在今天，建设法治之国已经成为中国共产党、中国政府和广大民众的一种共识。但是，我们必须清醒地认识到，由于经济、政治、文化和历史等多种因素的共同作用，我们所追求的法治是一个与西方资本主义法治有所区别的社会主义法治，这就要求我们在法治建设过程中必须首先搞清楚什么是社会主义法治、何以建设社会主义法治，以及如何建设社会主义法治等一系列重大的法治理论与实践问题。否则，我们的法治进程就会因偏离方向、“资源短缺”或战略失误而再度发生断裂。不过，限于主题和篇幅，我们在这里不可能对所有问题都做出回答，而只能就中国何以建设社会主义法治这一问题做一些初步的探讨。我们期望，这些探讨与后面的中外经典案例分析一起，能够引发一切关注中国法治命运的人们对上述问题的高度重视和深入思考。

一、法治与意识形态

20世纪中国三个伟人之一的孙中山曾说过：“世界潮流浩浩荡荡，顺之者昌，逆之者亡。”现代国家的一个重要走向，就是其合法性类型向法理型转变，即以法治为特征的公共权力体系和价值整合方式；而当代世界的一个大悖谬，则是“全球化”与

"发展"遮蔽下的意识形态涌动。因此，尽管现代国家的称谓和性质五花八门，然而它们却又都无一例外地自称为法治国家。此种状况既表明了历史发展的大趋势，却又如黑格尔所言，不是以直接的方式，而是通过利益、欲望、意识形态乃至文化的冲突曲折地显示。因此，现代国家必定要更加注重"正名"，而法治及相应的民主、自由、人权等，则已经成为国家道义的标尺。这就注定了现代国家实际上是一个意识形态国家机器空前发达的社会，如果没有一个强大的辩护体系，使国民认同国家的法治性质，该国家权力就会陷入最深刻的危机，难逃被更迭的命运。可以说，对于法的根本理念的认识和宣传，已关系到当今任何一个社会制度的生死存亡。

其实，早在180多年前，黑格尔就看到了这一趋势。他在《法哲学原理》中指出："关于认识法，现代世界还有一个更迫切的需要，因为在古代，人们对当时的法律还表示尊敬和敬畏，而在今天，时代的教养已转变方向，思想已经站在一切应认为有效的东西的头上。""现在有更特别的需要来认识和理解法的思想了。由于思想已提高为本质的形式，人们必须设法把法作为思想来把握。"① 马克思恩格斯在《德意志意识形态》中也谈到，任何一个时代的统治思想都是统治阶级的思想，统治阶级不仅作为物质资料的占有者，同时也作为思想的生产者进行统治。② 随后卡尔·曼海姆指出了"受观念操纵的时代"趋势，"这意味着没有任何人类的历史探险如此明确而可怕地依靠观念的力量，因此也依靠我们使用观念的能力和掌握符号世界的才干。"③ 这里所揭示出的趋势是，国家权力结构越来越向文化霸权倾斜，谁掌握了思想解释权，谁就真正掌握了统治权，而法理则是现代国家第一

① 黑格尔：《法哲学原理》序言，商务印书馆1961年6月版，第15页。
② 《马克思恩格斯选集》第1卷，人民出版社1995年6月版，第98～99页。
③ 乔·萨托利：《民主新论》，东方出版社1998年12月版，第563页。

思想解释权。

能否适应此种趋势是我们对于当代中国心存忧患的根据之一。我们需要建设的是社会主义法治国家，其根本理念是在马克思主义的指导下，努力实现坚持党的领导、人民当家作主和依法治国的有机统一。坚持这一理念需要两个前提：一是确认马克思主义奠定了我国法治建设的理论基础；二是确认我国实践的这条有别于西方的法治建设道路有着充分的历史和实践根据。但是，两大时代背景决定了上述前提的不足或缺失：一是由于社会主义自身的失误，尤其是上世纪末"苏东剧变"所造成的冲击，造就了人们很容易认同的一种思想氛围，即法治思想是马克思主义所欠缺的、是社会主义政治体制所不相容的。说白了，就是认同法治是马克思主义理论的空白一说。作为佐证，我们可以从大量引进的或自撰的最新法学研究成果中，毫不费劲地找到类似的观点。比如，新近出版的一套来自德国的法学译丛就断言："行将逝去的20世纪也带来了谁也没有预料到的马克思、恩格斯、列宁和斯大林哲学近乎完全的崩溃，以致人们对克伦纳提出的'马克思主义法律理论留下了什么'之问，只能以确实没有来回答，尽管马克思作为哲学家无疑将与世长存。"① 值得注意的是，上述观点的作者并非当代西方意识形态中反共产主义的代表，他们对于马克思主义起码在主观上是力图客观公正的，这就更能反映出一种情势，一种具有代表性的观点，即无法将马克思主义和法治社会相联系。二是当代世界的所谓"后意识形态"的文化背景。尽管有观点认为当代西方的主导政治价值观和文化价值观不一致（如丹尼尔·贝尔），但其在指认"意识形态的终结"上却表现了惊人的一致。意识形态是以政治激进主义为特征、以制造革命乌托邦的冲动为手段的虚假意识。它尽管也主宰了人类近两百

① （德）阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编：《当代法哲学和法律理论导论》，法律出版社2002年1月版，第105页。

年的历史，然而还是随着一个个乌托邦（包括社会主义）的破灭而无可挽回地走向了衰落。只不过在前者（以自由主义为代表）看来，“意识形态的终结”意味着“历史的终结”，人类在政治方面的创造力已经在西方政治制度面前却步；而在后者（以后现代思潮为代表）看来，“意识形态的终结”则意味着一元价值观的终结，以共同理想为最高价值的“宏大叙事”（即主义）无可挽回地失去了对于人们的吸引力。总之，无论是否承认，当今时代已经不可逆转地告别了革命、告别了理想主义，走向了务实建设发展之路。因此，现代法治社会的建设，必须以政治多元化为前提，没有一元世界观及其体现（至善的目标、一党的领导等）的空间。在这种价值观的渗透下，人们自然会感到用马克思主义指导法治建设底气不足。

由此观照我国法学界，恐怕很难否认目前存在着两个“少数”：一是存心反对、扭曲以致肆意攻击马克思主义法学思想的是少数，二是真诚地感受到马克思主义法学思想的科学性及其现实价值并努力付诸实践的也是少数。相当一部分法学工作者对于马克思主义法学思想采取了一种不反对、不研究、不评论的超然态度。实际上这是一种“后意识形态”下的消极心态的表现，也就是说，在严格区分幻觉与现实的基础上，很理性地根据利益的需要保留某些幻觉，但并不笃信践行。究其原因，一方面，发掘马克思主义法学思想确是一项艰巨而极富创造性的工作（与马克思主义哲学不同，法学方面可供发掘的文本不多，更多的是要运用其基本精神去开创），其结果很可能是付出了很多而收获不多，远没有移植西方法学便捷、实用；另一方面，公然反对马克思主义的指导是违宪行为，无论从职业道德或个人利益，此举皆不可取。可见，此种对于马克思主义法学理念的认同，是基于利益权衡的结果，并非来自对其真理性的认识，因而是极其脆弱的。

上述状况如果出自普通的社会群体，也无须多虑。但是，如

果考虑到其存在于对于国家意识形态性质有重大影响的法学界，则忧在其中矣！实际上，意识形态的脆弱必然导致国家的合法性危机。正如前所说，意识形态时代的理想和激情，在今天不过以更加理性的方式表现而已，决不是说在今天只有纯粹的功利关系，而没有真理和正义。无论如何，对于国家的忠诚如果过去来自由其产生的神圣感和责任，在今天，则来自于对法治的崇敬和义务，而这一切的背后是国家理念的真理价值。应该说，我们要坚持以马克思主义为指导思想，并非出于原教旨主义情结或教条主义，更非出自维护一己权势的党派私利，而是为广中国人民的最大福祉，出于历史已经证明、并将继续证明的真理，那就是"只有社会主义能够救中国"、"只有社会主义能够发展中国"，如果没有对于马克思主义最根本的法学理念从理论到实践的透彻把握，建设社会主义法治国家就是一句空话。因此，尽管困难很多，我们还是要坚持理论的彻底性，对于重大的意识形态困惑必须努力去"说清楚"。

这里有一个基本方法论原则，即不是抽象地去谈论是非善恶，而是以解决中国自身实践问题为判断标准和价值取向。比如说法哲学，抽象地讨论其属于法学还是属于哲学、要更像法学还是要更像哲学一类问题可能只是"无言的结局"。马克思主义法哲学的根本任务，就是对于事关当代中国的法治之路做出透彻而鲜明的回答，这也是我们试图说清楚马克思主义法学思想当代价值的可能路径。凡是法学自身无法说清楚的重大法学问题，就是法哲学的施展空间和学科定位所在。基于这样一种思考，我们的阐发就可从当代中国法治之路的"问题"入手。

二、从何种意义上说，历史并没有终结？

在世纪之交，众多西方意识形态大家以不同方式、从不同视角，得出了同一个结论：历史已经终结。以首创“历史的终结”这一命题而名声大噪的弗兰西斯·福山自不待说，就是提出“文明冲突”论的塞缪尔·亨廷顿以及对于“后共产主义”有着较清醒的认识的兹比格涅夫·布热津斯基等，实际上都认为西方意识形态是不可超越的。福山在解释“历史的终结”时指出：“历史的终结并不是说生老病死这一自然循环会终结，也不是说重大事件不会再发生了或者报道重大事件的报纸从此销声匿迹了，确切地讲，它是指构成历史的最基本的原则和制度可能不再进步了，原因在于所有真正的大问题都已经得到了解决。”① 他的论证简要地说是这样的：历史存在着一个蕴藏在人目前的潜意识中并且使整个历史具有意义的终极目标，这个终点就是实现人类自由；由于自由就是人的权利不可剥夺和切实保障，因此自由社会就是以宪政的形式确保公民的自由，人类自由的载体就是现代立宪制国家或时下流行称谓的“自由民主国家”；20世纪共产主义的崩溃及世界性的专制主义的危机正在显现历史的终极方向，朝着自由民主这个惟一的社会政治组织形式演变或聚集，汇成了当代的“世界历史”；“民主在各个地方和各种人中的成功意味着自由和平等的原则不是空穴来风，也不是种族偏见的结果，而是作为人的人性的发现”，② 因而它必定要实现。

---

① 福山：《历史的终结及最后之人》代序，中国社会科学出版社2003年1月版，第3页。

② 福山：《历史的终结及最后之人》代序，中国社会科学出版社2003年1月版，第57～58页。

诚如福山所言："没有深入地研究民主问题及其不足，我们不可能回答历史是否已走到尽头。"① 而民主问题的实质就是国家意识形态的合法性问题，说到底是区别于西方自由民主制的民主政治能否成立的问题，或者说是社会主义民主法治道路对西方民主的超越及其可行性问题。从法的角度看，它涉及两大课题：一是从政治和法的关系上看马克思主义对西方宪政思想的继承与突破；二是从人性和法的关系上看马克思主义在法权问题上对西方权力本位论的批判继承。实际上，福山等的论述最不能令人信服的就在于，尽管他承认马克思和他赖以为理论支撑的康德、黑格尔之间的分歧不在于方法，而只在于历史的终极目的，然而他始终没有说清楚何以历史必然终结于资本主义而不是共产主义。他的结论是基于当前事实的一种想像，而不是科学的论断。在他看来，"如果我们现在还无法想像出一个完全不同于我们自己这个现实世界的世界，或者未来世界没有以一种明显的方式来体现对当今秩序的彻底改善，我们就应该承认历史本身已经走到了尽头。"②

其实，当福山称历史已"终结"于西方的自由民主理想时，他无法否认，马克思的政治思想不仅源于古典理论家，而且确实抓住了其中的一些根本性矛盾而有所创新。马克思的理论与古典自然法学的理论存在本质上的差别，但是他的人民主权的思想、暴力革命的思想、法律是人民意志宣告的思想、法律面前人人平等的思想和议行合一的思想等等，都与卢梭和康德的理论有着联系。但是，这些闪烁着人类政治智慧的思想，由于其自身的矛盾，导致了制度建构中的困难，因而被当代西方政治制度所摒

① 福山：《历史的终结及最后之人》代序，中国社会科学出版社2003年1月版，第325页。

② 福山：《历史的终结及最后之人》代序，中国社会科学出版社2003年1月版，第58页。

弃。这就是说，当代西方的自由民主制并不是民主自由原则的实现，而是这一原则大打折扣甚至是大相径庭的赝品。既然如此，又谈何"历史的终结呢"？具体说来，两大问题困惑了古典思想家，并成为直至今天人们仍然无法回避的历史课题：其一，暴力革命原则（革命权）与法治原则能否协调？建设法治国家是否一定要摒弃革命或"告别革命"？其二，民主和法治作为国家制度，能否是人民真实意志的表达？换言之，我们能否实现"实质的民主"和真正的平等？20世纪西方国家民主政治的理论和实践发生了两大逆转：第一，宣告实质民主的不可能，把民主定位在"投票的民主"上，公然声称程序的、形式的民主中的民意就是真实的民意，不存在与此不相吻合的所谓民意；第二，宣告暴力革命原则的非法，用"合法反对"权消解革命权，从国家理念中排斥革命。从这个意义上说，当代西方的宪政国家，在根本上是法国大革命理论和实践的倒退，而马克思主义法哲学才是其合理的继承与超越。

马克思主义将实质民主视为在消灭阶级和贫富鸿沟上的真正平等，因而具有强大的感召力，如同罗素所说："社会主义是由希望清除贫富之间的鸿沟来激发的"，"这种新信念如今已被普遍地看做是理所当然的事情"。[①] 所以西方国家在实质民主问题上退却的消极性毋庸置疑。然而革命权问题则不然，当今时代以和平与发展为主题，人心思定，谈革命权似乎不合时宜，而"告别革命"一类却似乎理所应当。因此，我们需要着重谈谈革命权问题。

现代法治有一个十分重要的原则即法律至上。它是资产阶级在法治建设过程中提出的重要口号，其意是强调法律在整个社会规范体系中具有至高无上的地位，其他任何社会规范都不能否定

① 《权威与个人》，中国社会科学出版社1990年12月版，第64页。

法的效力或与法相冲突。法律至上原则的提出和确立，对于人类的法治建设具有十分重要的意义，但我们必须注意，这一原则是有一定条件的，而条件之一就是法律与政治的关系。

资产阶级为什么在革命时期没有能够提出法律至上的口号，而在取得政权之后却提出了法律至上的原则？这是因为法律与政治之间存在着十分微妙复杂的关系。在封建专制社会中，专制统治者不可能提出法律至上，因为他们希望自己的权力不受制约。而新生的资产阶级当时也不会傻乎乎地提出法律至上的原则，因为遵守专制主义的法律对于他们来说无异于坐以待毙。为此，他们虚构了社会契约论来主张人民拥有反政府的权力。按照契约论的观点，既然政府是社会公众为了保护自己的权利约定而成的，那么政府一旦不能履行协议，不能保障人民的基本权利、人身财产安全，甚至成为剥夺自由、压迫民众的机构，社会公众就可以推翻原有政府，建立新的政府。如洛克就认为，"在一切情况和条件下，对于滥用职权的强力的真正纠正办法，就是用强力对付强力。"①

而与资产阶级启蒙思想家不同的是，马克思恩格斯不是从抽象的原则和理论假设出发，而是从现实的经济条件出发。马克思恩格斯不仅论证了资产阶级法的实质是"奉为法律的你们阶级的意志"，而且论证了人民行使革命权的合理性，"剥夺者被剥夺"的必然性，并且指出无产阶级在夺取政权之后一定要打碎旧的国家机器，包括法律。因为革命的根本问题是国家政权问题，任何阶级如果没有掌握国家政权，就不可能制定出反映自己意志的法律，即使在法律上能争得某些有利于自己的规定，也不可能真正得到实现。列宁曾经指出："如果没有政权，无论什么法律，无论什么选出来的机关都等于零。"②

---

① 洛克：《政府论》，下篇，商务印书馆，第95页。
② 《列宁全集》，第1卷，第98页。

马克思主义法哲学关于社会历史类型行将更替时的法与政治的关系，实质上也就是关于革命权所作的论述，对于指导中国的新民主主义革命起了十分关键的作用。因为在鸦片战争后，虽然清政府、袁氏政府、蒋氏政权都制定过不少法律，但是这些法律从来就没有赋予人民什么实质性的权利，因而也根本不可能改变广大人民群众受剥削受压迫的悲惨命运，很多法律实际上只是镇压人民的一种工具。在反动的专制法律的统治下，连抗日都有罪，更何况争取什么权利甚至发动革命。在旧中国，合法斗争的道路根本不可能走得通！因此，在当时，广大中国民众如果奉行法律至上的原则，“自觉”地遵守那些所谓的法律，我们不知还要在专制统治下熬上多少个年头！而中国人民正是在马克思主义的指导下，在中国共产党的领导下，认清了中国社会的发展规律，勇敢地行使了革命权，打碎了反动的国家机器和法律，建立了人民的政权，从而为社会主义法制建设创造了政治前提。

可见，马克思主义虽然承认现代法治国家在国家治理方面的有效性，列宁甚至称“民主共和制是资本主义所能采用的最好的政治外壳……以致在资产阶级民主共和国中，无论人员、无论机构、无论政党的任何更换，都不会使这个权力动摇”①。但是，由此也显现出了法治的历史界限。具体地说，法治只能最大限度地调和相互冲突的利益，而不能根本解决利益的对立和冲突；法治的前提是统治阶级遵守法律，并不断地通过法律的修正防止社会矛盾的激化；一旦统治阶级的既得利益冲破了法的约束空间，革命将在所难免。因此，马克思主义虽然也重视法治，将其作为长治久安的治国方略，但决不认同法治就限于程序民主和权力制衡，也不认为法治能够解决一切社会矛盾。更为根本的问题是防止既得利益集团的形成和恶性膨胀，真正把广大人民群众的利益

① 《列宁选集》第3卷，人民出版社1995年6月版，第120页。

实现、维护和发展好。而在存在着既得利益集团和特权阶层的情况下，社会利益的对立就只能缓解而不能消解，革命权就不能取消。

马克思主义之所以不赞成从现代法治国家体系中根本摒弃革命权，不仅是因为法治的条件性（统治阶级对于自身利益的克制）和局限性（不能解决根本对立的利益），更是因为人民革命权的正当性。在马克思主义看来，人民群众闹革命，绝不是因为好斗，而是出于生存的需要，因而具有自卫的性质，可以说，革命权是下层劳动人民生存权的最后形式，从法理上说，它应当属于不可剥夺的基本人权；无论人们的价值偏好存在多大的差异，历史的基本事实是，人民革命中受到重创的总是社会最腐朽的力量、受到严重削弱的总是最贪婪的狭隘利益，因而具有进步的性质，从历史观上说，“暴力是每一个孕育着新社会的旧社会的助产婆”①；从更深层次的角度看，革命还是人民群众自我教育、自我提高以及无产阶级形成阶级意识而成为领导阶级的必由之路，因而具有历史必然的性质，“革命之所以必需，不仅是因为没有任何其他的办法能够推翻统治阶级，而且还因为推翻统治阶级的那个阶级，只有在革命中才能抛掉自己身上的一切陈旧的肮脏东西，才能成为社会的新基础。”②

当然，无产阶级革命胜利以后，广大人民群众制定了自己的法律，又应当如何看待法律呢？对此，马克思恩格斯没有作过具体的回答，列宁虽作了不少理论和实践上的探索，但是有得有失。一方面，列宁很重视社会主义法律的作用，他认为：“民事流转愈发展，就愈加迫切需要提出实施更多的革命法制的口号”③，并领导苏联人民创建了宪法等一系列社会主义法律；但

① 《马克思恩格斯全集》，第23卷，第819页。
② 《马克思恩格斯选集》，第1卷，1995年6月版，第91页。
③ 《列宁全集》，第33卷，人民出版社，第148～149页。

另一方面，他对法律的地位认识不够。他曾说："无产阶级的革命专政是由无产阶级对资产阶级采用暴力手段来获得和维持的政权，是不受任何法律约束的政权。"[①] 很显然，这话只对了一半。无产阶级政权的"获得"只能凭借暴力，而不能依靠法律；但是无产阶级政权的"维持"必须依靠法律，而且本身也应当受到法律的约束。事实上，苏联的斯大林时期也好，中国的文化大革命时期也好，将法律完全等同于专政的工具，甚至公然践踏社会主义法制，其教训是十分深刻的。它告诉我们，当无产阶级建立了自己的政权，广大人民制定了反映自己意志的法律之后，一切权力都必须受到法律的制约。这不仅是社会主义民主的基本要求，也是社会主义法治的基本要求。

但是，这并不等于说革命权在今天就没有现实意义了。人民保留革命权，从法理上说有两大依据：一是如果出现了既得利益集团，广大人民的根本利益被剥夺、被损害，而且没有"合法反对"的余地，那么革命就是最后的生存权，就是合法正当的自卫权；二是一旦出现了不可调和的利益对立且日益激化，就说明统治集团首先违宪，因为违背人民意志和践踏人民利益就是背叛现代法治精神，因而对于不受法律约束的统治集团必须以不受法律约束的行动来消除。真正的共产党人必须坦诚地面对并公开承认这点，以便更好地立党为公、执政为民；而那些千方百计给革命抹黑、对于人民的革命权噤若寒蝉、讳莫如深的论调，无论其如何动听，都掩盖不了其脱离人民、害怕人民的本质。

① 《列宁选集》第3卷，人民出版社1972年版，第623页。

三、法治路径与“法治资源”

中国社会主义法治建设的道路问题，如果换用一种方式提问，也就是“法治资源”问题。由于中国法制文明发展的曲折性，这就决定了对中国何以建设社会主义法治，也即中国社会主义法治的“资源”问题认识的多样性。

中国是一个历史十分悠久的文明古国，其法制文明不仅发育很早，而且内容十分丰富，影响深远。有人曾从世界历史的角度将中国历史分为三个时期，即“中国之中国”、“亚洲之中国”和“世界之中国”。这对于我们分析中国的法制文明的发展是很有帮助的。在隋唐之前，中国古代法在自己的疆域内以其独特的形态发展着，这可以看作是法律发展上的“中国之中国”时期。自唐朝始（当然主要是在唐朝），中国古代法“由于中国在当时亚洲国家中的特殊地位，逐渐波及日本、朝鲜、安南等国，俨然成就一脉以唐律为核心的‘中华法系’”①，这可以看作是法律发展上的“亚洲之中国”时期。而到清朝，由于鸦片战争的爆发，中国不自觉地被卷入了世界体系之中，中国的法律发展也因此进入了“世界之中国”时期。不过，这一时期中国法律的发展又经历了两个不同的历史阶段。第一阶段是从鸦片战争到新中国的成立，在外国列强的强大压力下，西方的法学理论和法律制度，特别是大陆法系的理论与法律制度被大规模地移植至中国，这一阶段的中国法律实际上处于“不能把握自身命运”的阶段；②第二个阶段是新中国成立后，我们坚持把马克思主义与中国的实际相结合，努力探索自己的法律发展道路，从而开创了中国的社会主义

①② 梁治平：《寻求自然秩序中的和谐》，中国政法大学出版社，2002年版，第372页。

法制建设的新时期。不过，由于传统法律文化的影响、对苏式社会主义法制的照搬照抄，以及文化大革命的冲击，法律工具主义、法律虚无主义交替和交叉地占据着支配地位，结果严重地阻碍了社会主义法制现代化的进程。直到上个世纪70年代末中国共产党的十一届三中全会的召开，中国的社会主义法制现代化才得以重新启动。

正是由于中国法制文明发展的曲折性和复杂性，人们对于应当主要依靠什么样的资源来建设社会主义法治国家这一问题作出了许多不同的回答，而其中最主要的观点有三种：

第一种是“重新理解论”。这种观点主张以马克思主义法学为根本资源，但必须重新认识和研究马克思主义的法学理论。我们过去坚持以马克思主义法学为指导却没有把社会主义法制建设好，并不是因为马克思主义法学本身的错误，而是因为我们过去所坚持的是经苏联的一些法学家（如维辛斯基等人）阐释后的“马克思主义法学”。在这种理论的影响下，中国过去也将马克思主义法学理解为由一个基石（即“法是阶级社会的特有现象”）和三根支柱（即法是“阶级斗争的产物”、“阶级斗争的工具”、“统治阶级的意志”构成的体系）。这实际上是对马克思主义法学的简单化、片面化和教条化的理解，其结果必然会导致法律工具主义的盛行和对法治的排斥。因此，在今天的法制现代化过程中，我们仍然必须坚持以马克思主义法学理论为指导，对马克思主义法学理论的指导地位的任何怀疑都是十分错误的。但是，为了避免重蹈覆辙，我们首先必须对马克思主义法学思想进行系统和深入的研究，力求全面而准确地把握马克思主义的法学理论。

第二种是“法律移植论”。这种观点认为中国法制现代化的惟一途径或者主要途径就是移植西方的法治理论和西方法律制度，其主要依据是：第一，从历史上看，有许多法律移植成功的先例。第二，从经济上看，不管是社会主义市场经济，还是资本

主义市场经济，都属现代市场经济，因而都必须遵循共同的原则和规则。二是从现实来看，我们的法律文明的发展要远远落后于西方法治国家的法律发展。其实，法律移植并不可怕，中国的法治建设确实需要大胆借鉴西方的法治文明。但问题是，有一部分法律移植论者完全站在西方中心主义的立场上，把西方法律中有的，中国法律中没有的东西都视为是先进的；而把中国法律中有的，西方法律中没有的东西都视为落后的，这就不无"西化论"的嫌疑。

第二种是"本土资源论"。这里所说的"本土资源"是广义的，既包括传统的法律文化资源，也包括传统的风俗、习惯等规范资源。一方面，由于中国传统法律文化作为人类文化的一个分支，是世界法律文化宝库中不可多得的瑰宝，有人据此把它视为中华民族数千年的"国粹"，认为它对中国法制建设有着不可替代的作用，并美其名曰要"复兴中华法系"①。在今天，视传统法律文化为"国粹"的人已不多见，但有不少研究中国古代法律文化的学者对它是心存厚望的。如有学者认为，"儒家法思想的长期被遵循的结果，使其不少内容已沉淀为民族的法文化心理结构，这种心理结构已成为民族在法方面的个性，其中积极的层面，或许就将是社会主义法制中国特色的组成部分之一。"② 另一方面，由于改革开放后大量移植西方法律产生了不少负面效应，这必然会引起人们对法律移植的反思，从而形成了法律"本土化"的理论。这种理论认为，当今中国的法律是西方法律制度的一种"复制"、一种移植，它与"中国的社会背景脱节"，会给"社会秩序和文化带来灾难性的破坏"，我们的成文法在还没有得到全面实施的时候就"不得不重新修改"，在习惯和成文法之间，

① 转引自武树臣：《中国传统法律文化》，北京大学出版社，1994年版。
② 俞荣根：《儒家法思想通论》，广西人民出版社，1998年第2版，第698－699页。

国家“制定法做出妥协更为重要”，习惯和惯例能起到甚至超过制定法的作用，是“法治的不可缺少的部分”。①

上述几种观点在当代中国的法学（律）界虽然都有着很大的影响，但其地位和境遇是不同的。由于马克思主义在我国的意识形态中占据着支配地位，因此在法学研究和法律实践中，人们一般都会主张应当坚持马克思主义法学理论的指导。但是，由于法学界对马克思主义法学的研究还不够系统和深入，对马克思主义法学理论体系的简单梳理和对马克思主义经典作家的法学论述进行微言大义式的阐发，根本不能满足构建中国特色社会主义法治理论和指导中国特色社会主义法治建设的需要。因此，无论是在法学研究还是法律实践中，人们更多地求助于西方法学理论的引进和西方法律制度的移植。法言法语实际已成了西言西语，以马克思主义法学理论为指导似乎仅成了一种空洞的口号。而旨在为当今中国的法制现代化纠偏的本土资源论，作为对法律移植论特别是西化论的一种反动，在一段时间内曾引起不少人的心理共鸣。但是，在涌动的西方法学大潮面前，它显得是那样的弱小无力，它或被冠之为“法学保守主义”，或者被斥之为“反现代化的思潮”。因此，在当今中国法学研究和法律实践中，不管你承认不承认，西方法学“一股独大”已是不争的事实。

四、法治与信仰：或者是《圣经》，或者是《共产党宣言》

西方法学之所以会“一股独大”，是因为在很多人的头脑中都存在着这样一种逻辑，即认为法治的理论源头在西方、现代法治的形成是西方，因而西方的法学理论和西方的法律制度就是法

① 苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社，1996年版。

治形成的不可缺少的理论和制度前提。更为重要的是，法在西方不仅是工具，而且是信仰。当代中国要建设法治社会，培育法治信念至关重要。而由于这样一种"法治资源"的本土缺失，因而非从西方移植不可。可是，现代西方法治信念的形成难道就真的是其自身的产物吗？换言之，西方的法学理论解决了法治信仰问题吗？

毫无疑问，西方的法学理论对于西方的法治的成长起了十分重要的支撑作用。但是，西方法学理论不仅各学派之间，而且与法治本身也存在着一定的矛盾，因而缺乏作为信仰所必需的连贯性和绝对性。正如托克维尔所指出的："人对上帝、对自己的灵魂、对造物主和自己同类应负的各种一般义务，都渴望形成一种确定不移的观念，因为如对这些基本问题持有怀疑态度，就将使自己的行动听凭偶然因素的支配，也可以说是任其混乱和无力。"① 因此，我们只要通过对西方法学三大流派的法治观及其相互关系作一个简要的分析，就可以看出它们关于法律的至上性和神圣性的问题，要么无力解决或干脆回避，要么实际上只能诉诸宗教一类（抽象人性）的设定。

自然法学对于现代法治的贡献是十分巨大的。首先，早在古希腊时期，被誉为大百科全书式的人物亚里士多德就给法治下了一个十分精辟的定义，即"法治应包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律。"② 这一思想不仅为法治确立了一个合理的尺度，而且奠定了西方法治理论发展的基本走向。其次，自然法学确立了现代法治所必需的法律至上的理念。早期的理性自然法学所宣传的自然法高于实证法、神学自然法学所宣传的世界本身必须服从于

① （法）托克维尔：《论美国的民主》下卷，商务印书馆1988年12月版，第537页。

② 亚里士多德：《政治学》，商务印书馆1965年版，第199页。

法律的神学信条，以及古典自然法学宣传的“天赋人权”，都从不同方面强化了人们对法律的信仰，保证了法律在人们心目中的至上地位。再次，古典自然法学还设计了与资本主义法治相适应的分权制衡式的政治架构。这一架构首先由洛克提出，他将国家权力分成立法权、行政权和对外权，并且强调立法权的支配地位。孟德斯鸠不仅将国家权力划分为立法、行政和司法三种权力，而且强调三种权力应当互相制约。这些理论后来在美国等国家变成了实际的政治架构。由于这种架构对于权力的制约主要是依靠法律来实现的，因而对于保证资本主义法律的至上地位起到了一定的积极作用。

但是，自然法学最大的欠缺在于其理想性的前提设定上，所谓的“自然本性”、“自然状态”、“自然秩序”是它的全部论证所赖以成立的基石，然而正是这一前提却无法论证。这样，它不仅因缺乏自身逻辑的统一性而丧失信仰的价值（例如，霍布斯和洛克都从自然状态出发，前者视其为“战争状态”，而后者则视其为“完备无缺的自由状态”，这样，人们自然要问，我们究竟该有什么样的人性信念呢？实际上，时至今日，我们——甚至包括那些迷恋“西化”的人——也没弄懂，西方法治社会的形成究竟得益于人性恶还是人性善的理念?），而且也为法治的实施设置了障碍，在法律程序和技术问题上往往失之偏颇。正是这些均与法治所要求的确定性大异其趣，因面经常受到分析法学派的责难。如凯尔森认为，“在众多的自然法学说中，迄今还没有一个能够以较正确与客观的方式来成功地界定这种正义秩序的内容，能像自然科学决定自然律的内容、法律科学决定实在法律秩序的内容一样。迄今为止，被认为是自然法的，或者说等于正义的事物，大都是一些空洞的公式”①。新分析法学的代表人物哈特他虽然

① （奥地利）凯尔森：《法与国家的一般理论》，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 9 页。

承认“最低限度的自然法”，但又认为“法律反映或符合一定道德要求，尽管事实上往往如此，然而这不是一个必然的真理”①。

分析实证主义法学因主张“恶法亦法”曾为人所不齿，但是它对西方法治的发展还是有所贡献的。首先，它强调必须认真对待规则。现代法治的关键就是依法办事、依法治国，各种各样的法律规则，包括实体规则和程序规则因而显得十分重要。如果没有规则，法治只能是一种不切实际的空想。而分析法学理论，不管是传统的分析法学，还是新分析法学，都是以规则为中心的。其次，它对法律与道德进行了严格的划分，论证了法律的确定性。分析实证主义法学的一个重要特点就是坚持法律与道德的分离，其之所以如此，是因为他们认为道德、正义等概念都不能形成一种严格意义上的规范，亦不能形成统一人们行为的客观标准。他们认为，只有依据预先明确的规则，人们才能对自己行为的结果做出准确的预测，也才能对政府及其官员的自由裁量权进行有效的控制。而这些都是法治社会所必须的。第三，它论证了法律体系的统一性。如凯尔森认为一个法律规范的效力理由始终来自另一个规范，而效力最高的实在法规范的效力最终来自所谓的“基本规范”，由此论证了整个法律体系的统一性。哈特不仅认为法律是由“第一性规则”和“第二性规则”相结合的规则体系，而且强调规则体系的独立性。法律体系的统一性与独立性相辅相成，乃是法治社会的一个前提条件，因为没有法律体系的统一性和相对独立性也就不会有法律的至上地位。

但是，分析实证主义法学的失足是十分明显的，因为如果坚持奥斯丁的“恶法亦法”论，那么人类还有没有正义？没有实体正义的法律还是不是良法？而非良法的统治还是不是法治？如果法治本身无善恶可言，法治还能有丝毫的信仰价值吗？（要知道，

① （英）哈特：《法律的概念》，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 182 页。

追求至善至美及扬善惩恶是信仰第一要旨。）因此，法律与道德进行适度的分离是必要的，可将法律与道德绝对分开又是不行的。还有，分析法学片面强调法律的确定性，认为判决可以从事先确定的规则中逻辑地推演出来，而无须求助于社会目标、政策或道德。他们把判决比同一台自动售货机，如果投进相同的钱币（相同或类似的案件），就会吐出相同的货物（判决结果）。按照这样的逻辑，法律规则永远只能是一套僵死的技术和操作体系，与人的发展和社会进步无涉，法还能有生命活力吗？在人的自由和社会的人性化日益显现的今天，不难看出，这样的法治理念与人类历史的发展趋势背道而驰。

法社会学在一定程度上超越了自然法学与分析法学。首先，法社会学主张应当扩大法律的作用范围。分析法学一般都反对法律对经济和社会的干预，而法社会学则不同。如著名的法社会学家 A·亨特认为，“经济、政治与社会变革的程度与性质，一方面使资产阶级革命已经确立的社会价值观念和体系受到了极大的冲击和动摇，另一方面，也使国家及其机构具有了更大的支配性。国家对于社会生活的一切领域都逐渐开始发挥着一种日益增长的干预性主动作用。法律制度也是如此。”① 其次，法社会学为法治确立了新的价值尺度。自然法学把法律与正义联系在一起，或把法律仅仅等同于正义。而在法社会学的视野中，法律不仅要充当公平之神，还必须保证社会效率。在庞德的法律社会学的基本纲领中，社会效果可以说是它的中心。他在《社会法理学的范围和目的》以及后来的《法理学》一书中提出了法律社会学的 8 条基本纲领。其中第 1 条直接就是“研究法律制度和法律学说的实际社会效果”；第 3 条是“研究使法律产生实效的手段”；第 2 条、第 3 至第 7 条虽然没有明示社会效果，却与社会效果都有着

① A·亨特：《法律中的社会学运动》，麦克米兰出版公司 1978 年第 1 版，第 7 页。

间接的关系；而且在第8条中又总结说："以上各点都是达到一个目的的手段，即力求使法律秩序的目的更有效地实现。"[①] 再次，法社会学对法律的动态运行给予了高度的关注。法社会学家庞德、大法官霍姆斯等人十分注重法律实际社会效果的实践，对后来的法官的司法哲学产生了深刻的影响。在19世纪上半叶，美国以卢埃林、弗兰克为代表的现实主义法学派继承了霍姆斯和庞德的传统，注重对法律的实证研究，试图使法律现代化和完善化。使得法律运行问题，特别是对围绕法院和法官的法律运行问题，成了法学和法律社会学研究的核心问题。

法社会学关注法与社会的联系，反对概念主义法学和形式主义法学，这对于推动法律改革，起了十分积极的作用，而且它实际上也与马克思主义法学有某些共通之处。但我们也必须看到，法社会学没有真正解决个人与社会的关系，它在这一根本问题上并没有突破自然法学的眼界，即把建立在个人本位上的个人权利与国家公共权力的冲突视为全部法学问题的归依，而依靠理性的个人，则是解决一切法学难题的立脚点。因此，其对于法的公正性及其社会效果权衡的标尺，向法官倾斜，过分依赖法官对于法的领悟及把握。这样，在强调法对经济社会生活的干预以及强调法律的灵活性，特别是"活法"、"行动中的法"等法社会学理论的同时，却对法律规范表现了极度怀疑，极容易放纵法官的任性，破坏业已建立起来的法治。

从西方三大法学流派内在矛盾及其相互之间的矛盾可以看出，任何一种西方法学理论都没有解决法的立脚点问题，因而其法学信仰和法学实践是分离的，其对于法治实践的指导作用都不是绝对的。不难看出，主张"全盘移植"的观点，其不可逾越的一道坎就在于，在相互矛盾的西方众多法学流派中，你选择的是

---

① 转引自张宏生、谷德春：《西方法律思想史》，北京大学出版社1990年版，第406～407页。

哪一派？你又如何应对其内外诸多矛盾？不仅如此，任何一种法学理论或是法律制度被引进后能否在被引进国必然地生成法治也是有疑问的。对此，自然法学派、历史法学派都有非常深刻的认识。孟德斯鸠曾经指出，“法律，在它支配着地球上所有人民的场合，就是人类的理性；每个国家的政治法规和民事法规应该只是把这种人类理性适用于个别情况。为某一国人民而制定的法律，应该是非常适合于该国的人民的；所以如果一个国家的法律竟能适合于另外一个国家的话，那只是非常凑巧的事。”[①] 历史法学派的代表人物萨维尼也认为，“法律已然秉有自身确定的特性并为一定民族所特有，如同其语言、行为方式和基本的社会组织体制（constitution）。不仅如此，凡此现象并非各自孤立存在，它们实际乃为一个独特的民族所特有的根本不可分割的禀赋和取向，而向我们展现出一幅特立独行的景貌。将其联结一体的，乃是排除了一切偶然与任意其所由来的意图的这个民族的共同信念，对其内在必然性的共同意识。”[②] 这些极端的法律民族论虽然都不是真理，但也绝不是完全的谬误。

事实上，历史上既有许多法律移植成功的例子，但亦有许多失败的例子。而中国自进入“世界之中国”后，已经进行了三次大规模的法律（法学）移植：一是清末修律，二是新中国成立后对苏式法学的移植；三是改革开放后的法律移植。这些移植都不同程度地促进了中国的法制现代化的进程，但是这种促进作用又是有限的，即使改革开放后的法律移植也是如此。我们可以看到，在法制现代化的口号声中，大量的法律被移植进来，但有一部分实施起来困难重重（如破产法等），并没有起到应有的效果。

在这种情况下，人们就很容易转而求助于历史、传统文化、

① 孟德斯鸠：《论法的精神》，上册，商务印书馆1961年版，第6页。

② 萨维尼著，许章润译：《论立法与法学的当代使命》，中国法制出版社2001年版，第7页。

风俗习惯或是民间法等东西，因为它们往往比移植物更为有效。这实际上是本土化理论得以萌生的重要原因之一。西方亦有类似的本土化理论。如萨维尼说，历史是永远可尊敬的老师；卢梭也认为，最重要的法律是习惯和惯例……在“法制现代化热”或“法治热”中，本土化理论犹如给我们注射了一针清醒剂，可以使我们避免因盲目乐观而转至悲观失望，从而避免法制现代化的再度中断。但是，对于依靠本土化能否实现法治，何时能够实现法治，又让人心存疑虑。更何况，历史、传统法律文化、风俗习惯或是民间法等东西，虽然往往比移植物更容易为人所接受和遵循，但是容易为人所接受和遵循并不代表就是法治，而很可能是落后保守的。例如，中国古代的“亲亲相隐”易不易接受？但现代法治允不允许这样做？能不能这样做？如果因“亲亲相隐”而放纵了犯罪嫌疑人，受害人的公平又如何保障，如何实现？实际上，在建设现代法治社会的过程中，一些本土资源虽然仍有生命力，但其中也不乏成为改革对象的成分。

上述分析表明，简单的移植和本土化都无济于事，要打破“移植”论的无根性和“本土”论的保守性的两极怪圈，要能把世界的和本土的各种资源有效利用、优化整合，必须仰仗先进而厚重的思想理论，必须在马克思主义理论指导下解决法治的信仰和实践。紧紧地立足于无产阶级的实践，确立以工人阶级的阶级意志为内核的人民意志观念，并由此把法的理想性和现实性、规范性和制度性、统一性和差别性等结合起来，是马克思主义法治思想的精髓。必须承认，当代是信仰危机的时代。现代化的必然后果之一，就是信仰下降为纯粹的私人事务，价值多元和实用化遮蔽了信仰的需要，现代社会已进入了一个“后信仰时代”或“无信仰时代”。如果说西方法学以往都没有解决法的信仰问题的话，那么今天其工具化倾向就更为突出了。惟其如此，马克思主义的信仰价值也就更具现实意义。

马克思主义沿着人类文明大道实现了革命性变革的同时，也变革了人们的信仰方式，这是人类精神家园的当代性重建。它虽然仍力图通过科学方式来理解、认识信仰，并通过科学的途径来塑造信仰，然而却突破了传统理性主义的藩篱。它把信仰归结为共产主义理想，又把这一理想归结为历史的逻辑、生活的逻辑和人的发展逻辑，因而达到了理想与现实的统一，是马克思主义科学性和信仰性统一的标志。它有两个显著特点，第一，它作为共同的理想是每个革命者把握实际、凝聚人心、开创未来的精神动力源，并成为党的共同行动的重要依据。邓小平指出："列宁之所以是一个真正的伟大的马克思主义者，就在于他不是从书本里，而是从实际、逻辑、哲学思想、共产主义理想上找到革命道路，在一个落后的国家干成了十月社会主义革命。"① 这里所揭示的一个重要思想是，共产主义理想、逻辑和哲学之所以能够同实际相平列，对革命成败至关重要，就在于它是革命者把握实际的眼界和方法。这种理想不是脱离现实的观念，而存在于活生生的现实生活中；它不是空洞的口号、僵死的条文，而是活生生的历史过程，是生活本身的逻辑，它是历史发展规律的集中体现。从这个角度说，我们通常讲的"马克思主义立场、观点、方法"概括起来其实就是"共产主义理想"。第二，它作为个人信仰是每个革命者超越自我、奠立生命的不朽价值的终极依托。正是通过马克思主义的创造性转换，"人民"成为每个共产党员心中的上帝，"为人民服务"成为个人有限生命获取无限价值的现实途径，"艰苦奋斗、不骄不躁"则成为一个真正的共产主义战士的内在素质和政治本色。

理想之所以为理想就在于其没有完全实现，因此就具有某些未知、不确定的性质。空想社会主义之所以陷入空想，就在于其

① 《邓小平文选》，第3卷，人民出版社1993年版，第292页。

误认为可以从每个具体细节上把握理想和未来。圣西门的“实业体系”、傅立叶的“协作制度”和罗伯特·欧文的“合作公社”为人们设计了未来社会的模型。马克思主义则认为只能把握理想社会的基本特征，而其具体细节、形态是不知因而也不能去预设的。怎么从已知推出未知呢？马克思确立了两大原则：第一，从批判旧世界发现新世界，寻找旧事物中的自我否定因素，也就是现实中的矛盾。抓现实中的矛盾首先要抓住具有决定意义的事实。所谓具有决定意义，含义有二：一是最具普遍性、简单性的事实。列宁在《谈谈辩证法问题》一文中说：“马克思在《资本论》中首先分析资产阶级社会（商品社会）里最简单、最普通、最基本、最常见、最平凡、碰到过亿万次的关系——商品交换；这一分析从这个最简单的现象中（从资产阶级社会的这个“细胞”中）揭示出现代社会的一切矛盾（或一切矛盾的胚芽）。”① 马克思正是抓住了资本主义社会财富的“元素形式”和经济的“细胞形式”——商品，找到了资本主义一切矛盾的根据。二是这些事实具有反常性和典型性，是社会病灶的症候，具有颠覆社会机体的可能性，以致于人们无法回避它。例如马克思在《1844年经济学哲学手稿》中抓住的基本事实就是“工人同劳动产品的反常关系”。在这一关系中，劳动者同其产品间的天然亲近感荡然无存，取而代之的是相互疏远、甚至相互敌视。正是抓住了这一具有决定意义的事实，马克思超越了他的前人，取得了突破性的理论成果。可见，怎么确定事实，抓住什么样的事实，最能体现方法论。

抓现实中的矛盾还在于善于判断矛盾的主导方面，即善于从旧世界的否定因素中发现新世界的建设力量，把批判和建设、愤世和救世结合起来。马克思主义之所以不同于其他主义，就在于

① 《列宁选集》第2卷，人民出版社1972年版，第712～713页。

它"发现"了近代无产阶级。在其他主义看来，无产阶级最多是个值得同情的受苦群体，其大量存在表现了社会的病态和灾难。马克思恩格斯批评三大空想社会主义者时指出："他们看不到无产阶级方面的任何历史主动性……在他们的心目中，无产阶级只是受苦最深的阶级。"① 而在马克思恩格斯看来，无产阶级不仅仅是受苦受累受难的社会群体，甚至不仅仅是资本主义社会的掘墓人，更重要的是它体现了新社会的特征。从无产阶级的不断壮大中，他们看到了阶级和阶级社会自我解体的趋势，看到了私人占有制被社会所有制取代的趋势，看到了作为资本主义社会基石的自私自利的个人的消解、联合起来的自由全面发展的个人的实现之趋势；而从工人阶级作为人类历史上第一个有文化的劳动者阶级的特征上，他们看到了工人阶级形成阶级意识、成为建设新社会领导阶级的现实可能性。要有这样一种历史的眼界，必须借助于唯物辩证法。否则，包括处在自在状态的工人群众也无法发现自己的伟大使命和力量，甚至往往自己看不起自己。可见，共产主义理想问题，说到底是个世界观问题；而当代中国的法治信仰问题，说到底是个对于工人阶级的信念问题。

五、权利本位论和个人本体论

从法哲学的角度看，法律上的权利和义务关系问题，说到底，实际上就是个人与社会、个人与国家之间的关系问题。在西方法哲学史上，在个人与社会、国家的关系问题上，存在着两条不同的认识路线：一条是以斯宾诺莎、洛克、孟德斯鸠等人为代表的，强调个人权利高于一切，国家不能侵犯个人利益的自由主

① 《马克思恩格斯选集》第1卷，人民出版社1995年版，第303页。

义路线；另一条是以格劳修斯、霍布斯等人为代表的，主张国家权力至上，个人应当无条件地服从国家的国家主义路线。卢梭的思想成分比较复杂，人们既可以从中找到追求个人权利和自由的理论依据，也可以找到限制个人权利和自由的理论依据。但是，黑格尔没有能够全面地理解卢梭的思想，而是片面地发展出了他的国家主义。在个人和国家的关系上，黑格尔"不是从现实的人引申出国家，反倒是必须从国家引申出现实的人"①，当时马克思深受法国启蒙思想的影响，特别强调个人的地位和权利，因而对黑格尔的这种观点是绝对不会赞同的，他说："国家的职能和活动是和个人有联系的"，"国家只有通过个人才能发生作用"。②当然，马克思又不同于启蒙思想家的自由主义，他所强调的个人是"现实的人"，是具有"社会特质"的人，这就避免将个人权利和自由绝对化，为他科学解决个人与社会的关系打下了基础。在后来的《1844年经济学哲学手稿》中，马克思进一步指出"人是一个特殊的个体，并且正是他的特殊性使他成为一个个体，成为一个现实的、单个的社会存在物，同样地他也是总体、观念的总体、被思考和被感知的社会的主体的自为存在，正如他在现实中既作为社会存在的直观和现实享受而存在，又作为人的生命表现的总体而存在一样。"③ 总之，和黑格尔不同，马克思并不认为个人除了融入整体外就毫无价值，相反，个人是存在和价值的源泉；然而，和个人主义不同，马克思并不认为个人的存在和价值实现本身是个人的，就是说，个人不可能在孤独的状态下自满自足和展现个性。这样，从表面上看，马克思主义也把发展个性视为历史的崇高目标和人类的终极价值，但是，它视野中的个性发展同个人主义其实大相径庭。在后者看来，个性就是个体之

① 《马克思恩格斯全集》，第1卷，第292页。
② 《马克思恩格斯全集》，第1卷，第270页。
③ 《马克思恩格斯全集》，第42卷，第120页。

间的差异性，而发展个性就是反对社会控制，孤独和桀骜不驯则是其表现方式；而在前者看来，个性就是个人自然禀赋的全面发展，就是个人的丰富性、完整性，由于人总是通过对象化、通过他人而认识和实现自我，因而发展个性也就表现为个人与他人、与自然界交往的全面性。正如马克思所反复强调的，只有在集体中，个人才能得到自由全面的发展。从根本上说，资本主义的弊害就在于阻隔人的交往，妨碍真实的集体和有个性的个人的形成，致使现代物质文明的进步成果无法转化为人的全面发展的条件。这样，马克思就把个性解放和社会解放、个性化和社会化统一起来，明确地拒斥了离群索居式的个性观念。

由此可见，人是个体、个性特殊性和总体、社会性、普遍性的统一。这就是马克思对人与社会关系所作的历史唯物主义的回答，这一回答是我们正确理解权利和义务关系的惟一的科学理论依据。因为资产阶级启蒙思想家们所理解的个人是一种孤立的、"封闭于自身、私人利益、私人任性、同时脱离社会整体的个人"①，因而他们主张的个人权利都不是现实的权利，更谈不上去很好地解决权利和义务的关系了。黑格尔虽然强调"如果一切权利都在一边，一切义务都在另一边，那么整体就要瓦解"②，但因其视野中国家是绝对的，所以权利义务的分配必然是极端不平等的。而只有看到个人与社会、国家的统一性，才能科学把握法律上的权利和义务关系，即："没有无义务的权利，也没有无权利的义务"③。

那么在当代中国，权利与义务的关系应是怎样的呢？对此，早在上个世纪 80 年代末我国法学界就进行了比较充分的论争并形成了三种具有代表性的观点：即义务重心说，权利义务一致

① 《马克思恩格斯全集》，第 1 卷，第 439 页。
② 黑格尔：《法哲学原理》，商务印书馆，第 173 页。
③ 《马克思恩格斯全集》，第 16 卷，第 16 页。

说，以及权利本位论。在这三种观点中，义务重心说虽然具有一定的实证意义，但容易被人误解为专制法律中的义务本位，所以主张的人并不多。而就后两种观点相比，权利义务统一论虽然一直出现在我国的法理学教科书中，可实际上，权利本位论可能更为流行。但我们认为，对于权利本位论的提法应当慎重。

权利本位论，说穿了，就是个人权利本位论。因为以权利主体为标准，可以将权利分成社会权利和个人权利。如果将权利本位论理解为社会权利本位论，那就无异于义务本位论。因此，如果我们没有理解错的话，理论界提出的权利本位论就是个人权利本位论。这种权利本位论对打破几千年的义务本位观有着一定的启发意义，但是它并不完全适合我国的社会经济结构以及由经济结构所制约的社会的文化发展。这是因为：首先，它是传统的“集团本位”的另一极端走向。中国过去一直是小农经济占据着主导地位，商品经济没有得到充分发展，中国社会在从氏族（部落）到宗族（家族），再到国家（社会）的发展过程中，以集团为本位的法律逐步形成并不断发展，[①] 集团主义也随之不断强化并影响至今。过分的集团主义虽然不利于个人权利意识的萌发和法治的成长，但是如果无视这种历史文化条件，提出一种完全相反的极端的个人权利本位论，则很容易造成价值的冲突和思想的混乱。这样，反而不利于对传统集团主义的改造。其次，当代中国的经济社会结构和文化发展也不能成为个人权利本位的基础。且不说过去的计划经济，就是今天所搞的市场经济也是社会主义市场经济，以公有制为主体、多种所有制经济共同发展是我们的基本经济制度。与此相适应的，当代中国的社会主义思想道德建设的基本任务是坚持爱国主义、集体主义、社会主义教育，加强社会公德、职业道德、家庭美德建设，引导人们树立建设有中国

① 参见张中秋：《中西法律文化比较研究》，南京大学出版社，1999年第2版

特色社会主义的共同理想和正确的世界观、人生观、价值观。在这样的条件下，我们很难想像，如果一味地倡导个人权利，我们将如何去发展公有制经济，如何去培育公民的集体主义精神以及建设有中国特色社会主义的共同理想。再次，从现实生活来看，绝对的个人权利从来就不存在。因为只要有权利就必然会有相应的义务，在你为权利，对他人、对社会则为义务；在你为义务，则对他人、对社会则为权利。中国如此，即使信奉个人权利至上的西方也是如此。还是在 1995 年，当辛普森被宣布无罪释放后，您或许会惊叹：这就是个人权利！但是，在此之后的民事诉讼中，辛普森被判决赔偿原告方 850 万美金，同时向两名受害人家属各支付 1250 万美金的惩罚性赔偿金，您又有何感想呢？从根本上说，权利本位论的错误如同个人主义的错误一样，就是认为个人权利是一切权利的基础，用时下流行的语言，就是只有个人权利真实，集体或公共权利才真实。实际上，如同人民的存在是真实的（它绝非如个人主义所说，只是个人的集合体）一样，祖国和人民的利益也是真实的，而且它不能简单地化约为个人利益。正因为如此，两者虽有一致性，然而也可能冲突。因此，我们主张权利和义务相一致，主张人民利益高于一切。这是当代中国的经济社会结构和文化发展所决定的。

然而，权利本位论在中国一经提出为什么就会如此引起共鸣呢？其实，这并不是因为它有多么深厚的经济社会基础，而是转轨时期极易释放的一种情绪和心理预期。因为追求权利、崇尚自由是人的天性，而中国过去恰恰在长时期是一个个人权利严重缺乏、个性自由遭受压抑的时代。由于各种社会条件的约束，人们只能将对权利的渴望和对自由的向往深深地埋在心底。而一旦有人提出追求权利的口号，且社会也允许提出这一口号时，埋藏在人们心底的渴望和向往一下子就会被激发出来，从而产生强烈的心理共鸣。正因为如此，我们必须清醒地认识到，如果是为了矫

枉过正偶尔提及权利本位是可以的，但是切记这不是一个科学的法学命题，因为“权利永远不能超出社会经济结构以及由经济结构所制约的社会的文化发展”①。

六、关于法律和道德的关系

古今中外的法学都非常关注法律与道德的关系。中国古代的儒家法学思想就是关于德主刑辅的思想。西方的自然法学就是要论证法律与道德（正义）之间的必然联系，而西方的分析法学虽然主张必须将法律与道德彻底分开，既如此他们就不得不牵涉到法律与道德的关系。为了法律与道德这两个“冤家”，两大学派争论的时间已愈上百年，时而是自然法学占据上风，时而是分析法学占据上风，但结果谁也没有能够把对方彻底打败，倒是双方互相吸收对方的长处，不断修正自己的观点，新自然法学提出了“内在道德”和“程序自然法”，分析法学承认了“最低限度的自然法”，两大学派最后是相得益彰。当然，他们究竟是如何看待法律和道德的关系，并不是我们现在要关心的。在这里，我们最为关心的是：法律与道德的关系对于法学，为什么会像爱情对于文学，成为一个永恒的主题？法律是以什么方式作用于道德，道德又是以什么方式作用于法律的呢？

法律与道德的关系之所以会成为法学的一个永恒主题，这是因为法律和道德都是与人密切相关的社会规范，法学和伦理学归根到底都是研究人、研究人与人之间的关系的。马克思曾经指出：“人的最高关系也是法律规定的关系”②，这也就是说，“人的最高关系乃法律规定的人的关系，即以法律为准则而规定的人

① 《马克思恩格斯全集》，第19卷，第22页。
② 《马克思恩格斯全集》，第1卷，第449页。

与人之间的关系，这种关系本质上是现实的根本的人际关系”[①]，因此，研究法律就离不开研究人和人之间的根本的现实关系，其中当然包括人和人之间的伦理关系。中国古代的“以礼入法”，或者是我们今天常常提及的“道德法律化”，实际上都是道德进入法学的视野并且被立法所吸收而付诸实施的一个最好说明。

但是，法律与道德的作用并不是单向的，道德对法律的影响也是十分巨大的，它可以成为衡量法律的一个外在的重要尺度，这种尺度要求法律必须“道德化”，而这正是道德作用于法律的基本内容和基本方式。具体来讲，道德对于法律的作用主要体现在以下两个方面：

一是要求法律必须体现社会正义。正义，说到底就是人与人之间的平等关系。过去许多西方学者多从抽象的观念出发去论证所谓的“永恒正义”，而马克思恩格斯认为，正义和平等的根据在经济中，而不是在观念中。马克思曾说，“商品是天生的平等派”；恩格斯则认为，“公平始终只是现存经济关系在其保守方面或在其革命方面的观念化、神圣化的表现。”[②] 正义的范围是十分广泛的，它不仅仅指个人之间的平等关系，还指阶级之间的平等。马克思恩格斯指出，资本主义的平等就是资本的平等，它“几乎把一切权利赋予一个阶级，另一方面却几乎把一切义务推给另一个阶级”[③]，因此无产阶级解放斗争的实质就是要“争取平等的权利和义务”。正义也不局限于国内的平等，还包括国际原则的平等。马克思认为，在国际社会要“努力做到使私人关系间应该遵循的那种简单的道德和正义的准则，成为国际关系中的至高无上的准则。”[④] 在今天，正义已为各种法学学派所接受，

---

① 维福：《法的哲学根据——〈马克思主义法哲学引论〉序》，见武步云：《马克思主义法哲学引论》，陕西人民出版社 1996 年版，序言第 1 页

② 《马克思恩格斯选集》，第 2 卷，人民出版社 1972 年版，第 539 页。

③ 《马克思恩格斯全集》，第 21 卷，人民出版社，第 202 页。

④ 《马克思恩格斯全集》，第 16 卷，人民出版社，第 14 页。

但是关于正义的争议仍然存在。分歧之一就是关于实体正义与程序正义的关系。有人主张实体正义至上，有人主张程序正义优先，有人则主张两者的统一。马克思恩格斯虽然没有明确论述过它们之间的关系，但是从他们对资产阶级形式平等的批判中，可以看出在他们的心目中实体正义是处于优先地位的。而且根据马克思主义的唯物辩证法，内容决定形式，形式应当服务于内容，因此作为内容的实体正义也应当优先于作为形式的程序正义。而从人类法制文明发展的一般规律来看，在实体正义与程序正义发生冲突时，实体正义常常突破程序正义的束缚而成为推动人类法治发展的重要动力。如纽伦堡审判中对战争罪犯的有罪判决，美国司法审查制度的建立等等，都是实体正义突破程序正义的战果。而对于中国来讲，我们的法律制度，包括实体制度和程序制度还很不完善，如何解决当代中国的实体正义和程序正义仍是一项十分艰巨的任务。那种以为只要在宪法中一写上“法律面前一律平等”，正义、平等问题就可以迎刃而解的想法是十分天真的。一方面，传统的平均主义影响很深，人们常常把正义等同于平均主义。而随着市场经济逐步建立以后，平均主义正在逐步打破，但由于社会保障制度的滞后，人们的收入差距正呈不断扩大的趋势，公平问题尤为突出；另一方面，封建等级特权思想的遗毒尚未全部肃清，再加上市场交换原则的非法渗透，在行政、司法等领域存在着钱权交易现象，破坏着各种游戏规则的平等性。而要想解决此类问题，我们就必须从马克思主义的正义观、平等观中吸取有益的营养。

二是要求法律必须体现人的价值：人的自由和全面发展。个人与社会的关系在法律上不仅会以权利和义务的关系表现出来，还会以法律价值与人的价值的关系表现出来。按照马克思主义的价值论，我们可以把法律价值简单地理解为主体（即人）和客体（即法律）之间需要和满足相统一的效应关系。一方面，法律要

通过一定的规则来调整社会关系，以增进社会的有序性和进步性，另一方面，法律要通过一定的规则为个体设定各种权利和义务，以增进每一个社会成员的自由和发展。而这两个方面又是密切联系的，因为社会的有序和进步归根到底也是为人的自由和全面发展。正因为如此，马克思恩格斯一直都十分关注人的自由和全面发展。早在莱茵报时期，马克思在《第六届莱茵省议会的辩论·关于出版自由和公布等级会议记录的辩论》一文中就指出："法律不是压制自由的手段，正如重力定律不是阻止运动的手段一样。……法典是人民自由的圣经。"① 当然，谈到人的自由就不能不谈到人的全面发展，因为人的自由与人的发展是分不开的。一方面，自由是发展的前提。"个人的全面发展，只有到了外部世界对个人才能的实际发展所起的推动作用为个人本身所驾驭的时代，才不再是理想、职责等等。"② 另一方面，人的全面发展又是人的自由的基础，"私有制只有在个人得到全面发展的条件下才能消灭，因为现存的交往形式和生产力是全面的，所以只有全面发展的个人才可能占有它们，即才可能使它们变成自己的自由的生活活动。"③ 人的自由和全面发展无论对于个体和社会而言都是十分重要的，因为从某种意义上讲，人类社会的发展就是由"人的依赖关系"到"以物的依赖性为基础的人的独立性"，再到"建立在个人全面发展和他们共同的社会生产能力成为它们的社会财富这一基础上的自由个性"的进步过程。④

探讨马克思主义关于法律价值与人的价值之间的关系在当代中国同样有着特别重要的意义。一是中国是一个缺乏自由传统的国家，传统法律制度的一个严重弊端就是漠视人的权利，不尊重

① 《马克思恩格斯全集》，第1卷，人民出版社1956年版，第71页。
② 《马克思恩格斯全集》，第3卷，人民出版社1960年版，第330页。
③ 《马克思恩格斯全集》，第3卷，人民出版社1960年版，第516页。
④ 《马克思恩格斯全集》，第46卷（上），人民出版社1965年版，1979年版，第104页。

人的自由。新中国建立后，特别是改革开放后，情况虽然有所改观，但是，几千年来的封建专制传统的影响决不是一朝一夕可以转变的。二是当代中国早已把建设社会主义市场经济作为经济体制改革的目标，而市场经济的首要特点就是自由，没有自由就不可能有市场经济。可是市场经济需要的自由只能靠法律保障，这就必须在我们的立法中注入自由精神，而不能使我们的法律成为市场经济的羁绊。三是改革开放以来，人们在物质和精神生活水平上有了很大的提高，现在迫切需要提高政治生活水平和促进人的全面发展。而政治生活水平的提高主要表现在两个方面，一是民主；二是自由。这同样离不开法律的保障。而在法律的保障下，人民的政治生活水平提高了，反过来又可以促进物质生活和精神生活的改善，从面促进人的全面发展。因此，当代中国的法治实践要以人的自由和全面发展作为尺度，作为引导。我们的法哲学理论也要深入研究人的自由和全面发展问题，从而为社会主义法治实践提供理论基础和理论指导。

由此可见，马克思主义法哲学之所以能够成为中国社会主义法治建设的指导，并不仅仅出于一种历史的选择，也不仅仅在于某种政治原则，而是在于马克思主义法哲学能够解决中国法制现代化过程中的一系列最为深刻的矛盾。

对于马克思主义法学理论，人们的态度和方法通常有三种：第一种是全盘否定它的存在与作用；第二种是简单梳理马克思主义经典作家的法学论述努力将其体系化，或者是找出马克思主义经典作家的法学论述来阐发其微言大义；第三种是系统深入地研究马克思主义法学思想，努力揭示马克思主义法哲学的内核、灵魂和实质。对于第一种态度和方法，如前面提到过的“德国法理学家克伦纳提出的‘马克思主义法律理论留下了什么’之问，只能以确实没有来回答，尽管马克思作为哲学家无疑将与世长存”这一断言，通过上述分析，我们现在可以判断，他之所以会作出

这样的结论，要么是为了故意贬低马克思主义对人类法律思想所作出的巨大贡献，要么是对马克思主义法学根本就不熟悉、不了解。对于第二种态度和方法，我们认为，将马克思主义法学体系化是十分必须的，但如果仅仅停留在体系上是远远不够的，因为这根本无法满足构建中国特色的社会主义法治理论和指导中国特色社会主义法治建设的需要。而如果认为法治建设的每一步都必须从马克思主义法学中找出依据，或是认为西方的法学理论中的每一个观点和法治实践中每一项措施马克思都曾提出过，那又是愚蠢的。比如要搞股份制就去查找马克思恩格斯关于股票的论述，要搞司法体制改革就去查找马克思恩格斯关于司法独立的论述，并且以为这样就是坚持马克思主义法学的指导地位，同样失之偏颇。事实上，你如果要问一个盗窃犯应当判刑几年，或是一个侵犯他人民事权利的人应当负什么样的民事责任，在马克思主义的法学理论中是无法找到任何直接依据的，因为马克思主义法学不是一部实体法。但是，我们并不能因此而否认马克思主义法学对于建设社会主义法治的指导作用。因为衡量一种法学理论能否成为指导法律实践的理论资源，关键并不在于它能够解决多少具体的法律问题，而在于它对法的一系列基本问题能否作出实事求是的回答。如同前述，马克思主义法学在法律与政治、权利与义务、法律与道德等法的基本问题上都做出了突出的贡献，并在解决中国法制现代化过程中的重大实践问题上启发我们的思考，指导我们的探索。因此，正确的态度和方法应当是第三种，因为法哲学不仅是一切法学理论的方法论基础，而且也是一切法律实践活动最深刻的理论依据。我们只有深入地研究马克思主义法学思想，努力揭示马克思主义法哲学的内核、灵魂和实质，才能解决好当代中国法治发展过程中遇到的各种矛盾。我们这样讲丝毫没有排斥西方法治文明的意思，因为要不要借鉴与吸收，以及如何借鉴与吸收西方法治文明只是当代中国法治发展过程中所遇到

的矛盾之一。它的解决同样离不开马克思主义法哲学的指导。

法律既是"事实的公认"[1]，同时又是人类的理想的一种寓所；法律既是人类文明进步的产物，同时又是人类文明进步的重要标识。这正如美国前首席大法官詹姆斯·贝克所言："法律是人类的缩微史"，"法律伴随着人类进步，尤其是政治社会进步的整个历史，在此过程中，人类前仆后继地用流血的双脚在充满荆棘的道路上由受奴役到走向自由。"（前美国首席大法官詹姆斯·贝克为《法律的故事》所写的序言）[2] 为此，本书拟从人类历史长河中选取在时间上横跨近代和现代，空间上涉及国际和国内，内容上涉及实体和程序、公权和私权、事实和价值的十大典型案例，通过对这些案例的深入探讨，力图揭示二战以来人类法律的巨大变化及其发展趋势

---

① 《马克思恩格斯全集》，第4卷，人民出版社1979年版，第379页。
② 约翰·麦·赞恩著，刘昕、胡凝译：《法律的故事》，江苏人民出版社1998年版。

第二章 自然法理念的复兴
——纽伦堡审判

让我们首先将镜头对准二战后的纽伦堡审判吧！

我们知道，人类自从有了法律，就一直把偷盗、抢劫、凶杀等个别地侵害他人利益的行为宣布为犯罪并加以惩处。马克思恩格斯也认为犯罪的实质就是“孤立的个人反对统治关系的斗争”①。然而，在过去，那些以国家名义发动战争、涂炭生灵的罪魁祸首们却常常逍遥法外。为了维护和平，伸张正义，纽伦堡审判在人类历史上开了以法庭审判战争罪犯的先河。这对于国际法特别是战争法的发展，以及人类对犯罪概念的理解，无疑有着十分重要的意义。

当然，我们最关心的是本案中的法律与实体正义的关系问题。在纽伦堡国际军事法庭上，为了替被告开脱罪责，被告及其辩护律师们提出了被告所为乃因执行命令和法律因而被告不对纳粹罪行负责的辩护。很显然，他们的法理依据是“恶法亦法”。但是，检察官们认为，对于纳粹战犯们来说，关键的问题不是服从不服从命令和法律，而是面对着明显的犯罪和反人道，他们理应履行更高的道德义务。这也就是说，在实体法之上，还存在着一种更高的应然法。法庭支持检察方面的起诉，否决了战犯及其辩护律师们的辩护意见，对纳粹被告作出了有罪判决。因此，从

① 马克思、恩格斯：《马克思恩格斯全集》第3卷，人民出版社1979年版，第379页。

法律思想史的角度来看，纽伦堡审判是实证主义法学的失败，自然法理论的胜利。自此以后，再加上其他因素的影响，自然法理论终于摆脱了过去一蹶不振的局面而得以复兴。

一、案情介绍：影响世界文明进程的审判

1945年5月7日凌晨2点41分，在法国兰斯，德国签署了全面无条件投降书。

1945年11月20日上午10时03分，欧洲国际军事法庭，在纽伦堡法院的正义宫开庭，影响世界文明的纽伦堡审判拉开了帷幕。

就在10年前的1935年，控制了德国的纳粹就是在纽伦堡举行了以“血统和种族”为中心议题的“自由的党代表大会”，大会期间通过了臭名昭著的种族歧视法案《纽伦堡法》。根据这项法律，犹太人从他们世代生活的土地上被驱逐。从此，德国一步步走向罪恶的深渊。在以后的几年里，《纽伦堡法》又补充了13项法令，为纳粹变本加厉地迫害犹太人提供了依据，使得他们在德国无法正常生存。因此，纽伦堡被选为纳粹审判地是富有深刻的象征意义的。同时，纽伦堡法院具有良好的审判条件，也是被选为这次国际性审判地的原因之一。从1945年到1949年，在纽伦堡先后进行了12次大型审判，其中涉及的被告人超过100名。但是，毫无疑问，令后人经常回忆起的还是第一次审判，即在1945年针对22名纳粹头目进行的审判。

纽伦堡审判是由欧洲国际军事法庭进行的。该法庭是按照1945年《关于控诉及惩处欧洲各轴心国家主要战犯协定》及其

附件《欧洲国际军事法庭宪章》[1] 而设立的。它由苏、美、英、法四国各指派一名法官组成。截至 1945 年末，加入上述协定的国家除苏、美、英、法外，还有澳大利亚、比利时、捷克斯洛伐克、丹麦、埃塞俄比亚、希腊、海地、洪都拉斯、印度、卢森堡、荷兰、新西兰、挪威、巴拿马、巴拉圭、波兰、乌拉圭、委内瑞拉和南斯拉夫。这些国家就是法庭的原告，并且这些国家各指派了 1 名检察官，组成侦查和起诉委员会。该委员会于 1945 年 10 月 18 日向法庭提起控诉的被告有 6 个犯罪组织和 22 名德国首要战犯。6 个犯罪组织是：（1）纳粹党的领导团。这是以元首希特勒为首的国社党的正式组织，其目的是帮助纳粹党取得和保持对德国的控制。被控的主要罪行有：使被吞并的地区同化于德国、迫害犹太人、虐待战俘等。（2）秘密警察队和保安勤务处。前者是元首的警卫队，后者自 1936 年与前者结合在一起。被控罪行主要有：迫害犹太人、残暴杀人、推行奴隶性劳动计划、虐待和杀害战俘等。（3）党卫军。它是元首的警卫队，被控的主要罪行有：积极参加导致侵略战争的行动、迫害和消灭犹太人、滥施暴行和杀害、实施奴隶性劳动计划、虐待和杀害战俘等。（4）突击队。它是一个政治性的组织，在宣传国家社会主义，反犹太人，建立纳粹恐怖统治中起了十分重要的作用，是德

---

① 法律实证主义可以被归纳为两项主张："第一，任何道德价值因素都不可进入法律的定义。第二，法的规定是由经验上可观察到的标准（如立法、判例和习惯）确认的。他们的观点是，存在的只有实在法，而根本没有'自然法'这种东西。不管是否存在我们据以评价实在法优点的道德或正义标准，法是什么是一回事，其善恶是另一回事。" Harris, Legal Philosophies, Butterworths, 1980, p. 16. 转引自张文显《二十世纪西方法哲学思潮研究》，法律出版社 1996 年版，第 79～80 页。沈宗灵先生认为，法律实证主义"一般地说，并不是指一个独立的法学派别，而是泛指以实证主义作为哲学基础的各种法学。"参见沈宗灵《现代西方法理学》，北京大学出版社 1992 年版，第 143 页。而张文显教授则认为，"作为一种思想方法和认识方法"，实证主义的"一般特点是：研究'确实存在的东西'，追求'确实的'知识，在价值问题上，实证主义或者认为价值不可知，或者坚持价值中立或价值多元（相对）主义。法律实证主义与哲学实证主义有着密切的联系，并且往往依赖后者，但是它们并不完全是一回事。"参见张文显《二十世纪西方法哲学思潮研究》，第 77 页。

国国社党的坚强臂膀。被控的主要罪行有：参与对犹太人的暴行、野蛮虐待集中营的被囚者等。（5）德国内阁。包括1933年1月30日以后的普通内阁成员、德国内阁国防委员会成员以及秘密内阁会议成员。被控犯有侵略战争阴谋，以及《欧洲国际军事法庭宪章》规定的其他罪行。（6）参谋本部及国防军最高统帅部。它是以希特勒为统帅的最高军事权力机关，被控犯罪的组织成员共有130人，罪行是积极参与和进行希特勒的所有犯罪（国际罪行活动）。

被控告的德国首要战犯有：赫尔曼·戈林，鲁道夫·赫斯，约希姆·冯·里宾特洛甫，阿尔弗来特·罗森堡，威廉·凯特尔，恩斯特·卡尔登勃鲁纳，汉斯·弗朗克，威廉·弗立克，尤里乌斯·施特莱歇尔，瓦尔特·芬克，希尔马·H·G·沙赫特，卡尔·邓尼茨，埃里希·雷德尔，巴尔杜·冯·席纳赫，弗里茨·沙克尔，马丁·博尔曼，弗朗茨·冯·巴本，阿尔弗来特·约德尔，阿图尔·赛斯－英夸特，艾伯特·斯佩尔，康斯坦丁·冯·牛莱特，汉斯·弗里茨彻。这22名被告均被控犯有破坏和平罪：战争罪和反人道罪，并参与制定或执行犯有这些罪的共同计划和阴谋。

同盟国检察局承担了这一历史上前所未有审判的检控工作。对检察局的检察官们而言，这无疑是一项极富挑战性的工作。

法庭依据《欧洲国际军事法庭宪章》的规定确立了它对罪犯和罪行的管辖权。据《欧洲国际军事法庭宪章》第6条规定："依本宪章第1条所称的协定，为审讯并惩罚欧洲轴心国家的首要战犯而设立的法庭对于为欧洲轴心国家的利益而犯有下列罪行之一者，不论其为个人或为组织的成员，均有审讯及惩罚之权：本法庭对于下列各行为，或其中任何一种行为，有管辖权。犯有此种行为者应负个人责任：（1）破坏和平罪：指策划、准备、发动或进行侵略战争，或违反国际法条约、协定或保证之战争，或参与实施上述任何罪行的共同计划或阴谋。（2）战争罪：指违反

战争法规或惯例。此种罪行包括，但不限于：杀害或虐待属于占领区或在任何占领区的平民，或为从事奴隶性劳动或为其他目的而将平民劫持、杀害或虐待战俘或海上人员，杀害人质，掠夺公私财产，恣意破坏城市乡镇，或非为军事需要而进行毁坏。（3）反人类罪：指战争发生前或战争期间对于任何平民的杀害、灭种、奴役、放逐及其他不人道的行为，或基于政治、人种，或宗教之理由而目的在于进行属于本法庭管辖之任何犯罪活动或与此有关的迫害行为，于其是否违反罪犯所在地的法律在所不问。参与制定或实施旨在犯上述任何罪行的共同计划或阴谋的领导者、组织者、教唆者与同谋者，对于任何人为实现这种计划而做出的一切行为都要负责。”第 9 条规定：“在审判任何团体或组织的任何个别成员时，法庭可以宣告该个人的所属的团体或组织（在和该个人被判处罪行的任何行为有关的情形下）为犯罪组织……”另外，宪章第 10 条还规定：“在团体或组织经法庭宣告为犯罪组织的情形下，任何宪章签字国的国内主管机关均有权参加该组织的个人交付其国内的、军事的或占领当局的法庭审判。在这种情形下，团体或组织的犯罪性质应认为已经确定，而不应有所疑问。”

法庭自 1945 年 11 月 20 日开始审讯，共举行了 403 次公审，讯问了 94 名证人并收到了 143 名证人的书面证言。法庭还指派了若干委员听取有关各个组织的证据。听取辩护方的 101 名证人的证言，收到其他证人提供的 1809 份宣誓证书。收到了为各政治领导人提出的 38000 份宣誓证书，为党卫军提出的 36230 份宣誓证书，为突击队提出的 10000 份宣誓证书，保安勤务处提出的 70000 份宣誓证书，为参谋本部国防军最高统帅部提出的 3000 份宣誓证书，为秘密警察队提出的 2000 份宣誓证书。还听取了 22 名证人为各个组织提供的证言。法庭的审讯活动于 1946 年 8 月 31 日结束，于 9 月作出判决，并于 9 月 30 日至 10 月 1 日宣

布了判决书。

判决书宣布：(1) 纳粹党的领导团是犯罪组织。因为它是以元首为首的国社党的正式组织，它的首要目的和活动是帮助纳粹党取得和保持对德国的控制。为此而使被吞并的地区同化于德国对犹太人的迫害、奴隶性劳动计划的实施和对战俘的虐待等。依宪章规定，这些行为均属犯罪。(2) 秘密警察队和保安勤务处是犯罪组织。因为它被用以迫害和消灭犹太人，在集中营实行残暴的杀人行为；在管理占领区实行不法行为：实行奴隶劳动计划，虐待和杀害战俘等。依《欧洲国际军事法庭宪章》规定，这些行为属犯罪行为。(3) 党卫军是犯罪组织。因为它被用以进行迫害和消灭犹太人，在集中营里滥施暴行和杀害，在管理占领区中进行非法活动，实行奴隶性劳动计划，以及虐待和杀害战俘。宪章规定这种行为为犯罪行为。突击队、德国内阁、参谋本部和国防军最高统帅部被宣布不是犯罪组织。

判决书也宣布了各被告人的罪行和刑罚。判处绞刑者 12 名，他们是：戈林、里宾特洛甫、罗森堡、凯特尔、施特莱歇尔、约德尔、沙克尔、弗朗克、弗立克、卡尔登勃鲁纳、赛斯·英夸特、博尔曼（缺席审判）。判处无期徒刑者三名，他们是：赫斯、芬克、雷德尔。判处 20 年徒刑者两名：席纳赫、斯佩尔。判处 15 年徒刑者一名：牛赖特。判处十年徒刑者一名：邓尼茨。被告巴本、沙赫特、弗里茨彻被宣判无罪，予以释放。①

本案控辩双方争议的焦点问题是：(1) 审判信念及学说还是审判侵犯行为？被告方面希望法庭讨论他们的思想、价值和哲学等等；而检察方面则明确表示：你们的"信念"和"价值""与

① 参见 P. A. 施泰尼格尔著，王昭仁译：《纽伦堡审判》，商务印书馆 1985 年版；（苏）波列伏依：《纽伦堡审讯——随军采访四年》，新华出版社 1984 年版；约瑟夫·E·珀西科著，刘巍译：《纽伦堡大审判》，http: //www. bookhome. net/lishi/waiguo/nlbdsp/等。

我们的审判无关"，我们只对被告实施侵犯战争的行为进行审判。(2) 对被告的行为应该适用何种法律？被告方面依据传统的法律实证主义理念，主张适用行为时和行为地的法律；而检察方面则运用自然法理论，力主排除纳粹政府法令的适用。(3) 关于政治领导个人对其发动的战争承担刑事责任问题。辩护方面辩称，到被告行为时为止，并没有关于发动战争的主权国家构成犯罪的国际法规定，更没有关于政治领导个人对其发动的战争承担刑事责任的法律规定，依据罪刑法定原则，被告的战争罪名不能成立；对此，检察方面从多角度、多层面，运用多种庭辩方法给予了回击。以下分而述之。

二、你们的"信念"和"价值""与我们的审判无关"

在极为复杂的历史事件中，如何准确地认定和证明有定罪价值的事实，是纽伦堡审判的检察官们在庭审中遇到的首要困难。

有关案件的复杂性，美国首席起诉人罗伯特·杰克逊的概括是确当的："数千份的文件，以及数千页的证词"，涉及"一个时代"，"覆盖了一个大陆，触及人类努力的几乎每一个方面。它照亮了这些领域，如外交、海军发展、海战、地面战、空战的开创、纳粹夺权的政治、极权主义战争的金融与经济、社会学、惩罚学、大众心理学"。

面对如此错综复杂的情况，证明犯罪的难度是可以想像的。……检方律师以杰出的才干、丰富的经验和一流的法律意识成功地克服了来自各方面的困难。他们广泛地收集纳粹的暴行，对历史事实进行了有条不紊的清理；他们并对犯罪事实作概括性的叙述，以便由国际军事法庭成员组成的陪审团能处理那些彻头彻尾、无法无天的罪行；他们对堆积如山的证据进行组织，从而更

加有效地证明犯罪。用杰克逊的话说，就是：我们“能做得最好的事情，莫过于把这个案子从太多细节的泥潭中拔出来，把这个案子的整个轮廓呈现于你们面前”，我“必须用彗星尾巴做的笔在无边的画布上挥洒”。

在控诉中，为了掩盖犯罪事实、逃避刑事惩罚，被告方面采用了一切他们所能想到的方法。他们除了对犯罪事实进行掩盖和抵赖之外，还对法庭实施材料轰炸和思想观念轰炸。辩护方面清醒地意识到，把那些枝节问题带进案子的审判中，会把审判的中心转移到对自己有利的立足点上。他们要求清楚的法律界定和行为性质界定，他们带来一批又一批琐碎事实材料和表象性材料，他们希望法庭讨论他们的思想、价值和哲学等等。他们这样做的目的只有一个，那就是：将水搅混，蒙混过关。

检察官们洞察了被告方面的真实企图。作为回应，首先，杰克逊和他的同事们将问题集中开列了一个事实清单，这个清单将被告们的犯罪行为分成 5 组。其中，每一被告的角色、责任和应该受到有罪宣判的理由都清晰列明——这样就避免了陪审员们被排山倒海般的材料及琐碎事实所淹没的危险。

其次，杰克逊和他的同事们决定将火力集中于与定罪量刑有关的主要问题上，而对被告方面的思想轰炸则不予理睬——你如何思想、你的信仰如何我不管，我关注和指控的是你的公开行为。顺着这一思路，杰克逊在法庭上掷地有声地提出，我们“不需要去讨论他们这种含混不清、居心叵测的哲学的价值。我们不是为他们拥有这种应当受到谴责的观点而审判他们”，“如果纳粹不侵犯、蹂躏其他国家，那么，纳粹就与国际法无关。他们的信念及学说，仅仅与动机、目的、学识、意图一样，与我们的审判无关”，“我们起诉非法的侵犯，但我们不审判他们的动机、企图或立意，尽管这些都有可能使德国利用侵略战争作为策略手段。法律不像政治，它本身不关注好与恶的现状，也不关注有关好与

恶的价值。它只要求现状不要遭到暴力行为的袭击，要求政策不要借助战争来实施”，“对德国或其他国家通过侵略战争来伸冤或寻求扩张的这种行为，我们要说它是非法的、犯罪的”。杰克逊最后强调道，“如果我们没有证据来证明他们至少犯有本起诉中所指控的任何一条罪状，那么，美国对给任何一个被告定罪都不感兴趣。”

再次，杰克逊和他的同事们始终注意突出控诉的主题，力求使之清晰、令人信服。这样做的目的就是要将“麦子从糠壳中区分出来”，清除由被告带来的表象性材料，以使陪审团成员自始至终将注意力集中于有意义的事实和相关联的问题上。

最后，杰克逊就事实问题总结道：“这个起诉需要审查被告是否有一个犯罪纲领，而不需要核实众多孤立、无计划的或有争议的犯罪事实。我们所依据的这些实实在在的犯罪事实，不管是作为共同计划的目标，还是实现计划的手段，都应该是被公认的，在评判、证明被告犯有共谋罪时，它们的性质和数量都是必须考虑的。”杰克逊提请法庭注意这样几个关键问题：第一，由军事法庭法律界定的罪行是否已被实施？第二，这些罪行是否是共同计划或共谋的结果？第三，这些被告是否该遭到谴责？

这样，检察方面就减少或避免了与对方在不重要和不相干问题上的纠缠。辩护方面精心布下的重重迷雾被驱散了，其浑水摸鱼、蒙混过关的企图落空了。

三、对被告的行为应该适用何种法律？

然而，问题并非那么简单。对有关事实的成功证明，还并不等于纳粹就可以被绳之以法。因为对被告的行为应该适用何种法律，仍然是一个颇有争议的问题。

在案件审理过程中，辩护方以现代法治精神和现代国家普遍接受的“罪刑法定”基本原则作为抗辩理由，应该说是有一定说服力的。可是，纳粹疯狂屠杀数以百万计的无辜百姓、恣意践踏人类的道德规范与文化规范，难道不应当得到惩罚？检察方的理由显得更加充足。应当遵守原则，还是应当惩罚罪人？双方在法庭上你来我往，针锋相对，展开了激烈的辩论。

按照当时主流的传统法律实证主义观念，法律就是立法者实际制定出来的法律规则的集合。按照奥斯丁的说法，就是“法的存在是一个问题。法的优劣，则是另外一个问题。……一个法，只要是实际存在的，就是一个法，即使我们恰恰并不喜欢它，或者，即使它有悖于我们的价值标准。”① 依照这样的法观念，即使是“最卑鄙的制定法”，只要它创立的形式正确，就必须被尊重。“一个明显非道德的法律，如民族社会主义的种族法律，在原则上也具有法律之特点，因为‘实证的’法律理论，以其宽泛被理解的法律概念，也包容着不正确的（非公正的）法。”② 在司法上，法官应该严格地适用法律，“在条文没有规定时，沉默无语”。③

这样的法理念显然对被告辩护方有利。由法学家组成的辩护团队，当然不会看不到这一点，事实上，他们在整个审判过程中的辩护论点和理由几乎都是依据这一法理念组织的。如辩护人雅尔赖斯为其委托人辩护道，“我论述的只是现行的法律问题，而不是以道义的名义或人类进步的名义可能提出的或本该提出的法律问题……”，“法律就法（lex）的意义而言，就是国家规定的

① （英）约翰·奥斯丁著，刘星译：《法理学的范围》，中国法制出版社 2002 年版，第 208 页。

② （德）阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编，郑永流译：《当代法哲学和法律理论导论》，法律出版社 2002 年版，第 363 页。

③ （德）费尔巴哈：《库尔－法耳次－巴伐利亚公国刑法典克莱因施罗德草案批判》1804，Ⅱ，第 20 页。转引自（德）阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编，郑永流译：《当代法哲学和法律理论导论》第 111 页，法律出版社，2002 年版。

一项准则，就是国家法"，"希特勒成了各种准则和各项命令的最高制订者，而且，由于希特勒独裁的结果，任何人都无权检验这些命令是否合理。独裁者在这种情况下搅乱了所有的人类秩序。虽然领袖的命令同国际法或其他人类伦理判断相抵触，但对被告们来说，则是具有约束力的，而且是具有法律上的约束力的"，"由于破坏国际和平而对个别人进行定罪，除了与当前提交给本法庭审理的罪行相适应的那些法规之外，是以另外一些法规为先决条件的。我在这里所涉及的只是法律的责任问题。这个问题之所以被认为是极其困难的，因为在被告之中不可能有任何人具备诸位首席起诉人以之为出发点的两种法律方面的世界概念"，再如辩护方诸如"法无规定者不罚（罪刑法定），国际法不直接适用于个人，执行命令者无罪"的辩由等等，几乎通篇都是这种法实证主义的思想和观念。

如果按照这种法观念，适用行为时、行为地的法律，即当时的德国国内法，被告们的刑事责任就无法追究，罪大恶极的纳粹必然逍遥法外。如果让被告辩护方的这一企图得逞，这无疑等于听任战争狂人肆意践踏人类文明而法律什么也不能做。这对于国际社会的未来而言，显然绝非福音。

十分明显，这绝不是饱受战争创伤、祈求永久和平的世界人民所希望看到的结果，当然也绝不是肩负社会正义重担的检察官们所愿意看到的结局。

必须排除纳粹政府法令的适用！

但是，在被告行为时、行为地生效的纳粹国家法为什么可以排除呢？这需要合理的、令人信服的理由。

检察官们向法庭提出的理由是：规范人类生活，统一人们的行为模式，是法律制度的目的之所在。法律不仅仅是使人服从，而且也要塑造公民成为有道德的人。正义和人权是法律的绝对价值准则：完全否认人权的法律是不正义的法律，一项规则要成为

法，首先必须合乎道德。道德效力是法律效力的必要条件。当法律规则与人类基本价值发生冲突，达到“不可容忍”程度的时候，它就丧失了作为法的规定性，就不再是法了，即“恶法非法”。这样的法律不能要求公民服从，同样，也不能作为案件审理的依据。

“法庭采纳了检方的观点，明确指出，在大多数国家的刑法都确定为犯罪的行为面前，真正的考验不是命令的存在，而是道德选择事实上是否可能。”①

四、政治领导者个人对其发动的战争承担刑事责任吗？

被告辩护方以退为进，继续辩护道，好吧！我们不再坚持以上主张，但是，迄今为止的国际法并没有有关主权国家发动战争构成犯罪的明确规定，更不存在关于政治领导人个人对其发动的战争承担刑事责任的法律规定。而依据罪刑法定原则，只有违犯了在犯罪当时就已经规定对之加以惩处的法律的人，才应受到惩罚，即“法无规定者不罚”。然而，检方对众被告提起的刑事诉讼，并不是依据现行的国际法，而是根据一种新的按照罪行制订的刑法所进行的审理。这样的指控违反了以上司法原则，故不能成立。而且，战争责任为什么不可以由发动战争的国家以赔偿损失的方法来承担呢？

对此，检察方面从多角度、多层面，运用多种庭辩方法给予了坚决的回击。

检方律师首先提出历史事实进行反证，英国首席起诉人哈利

① 张文显：《二十世纪西方法哲学思潮研究》，第52页，法律出版社1996年版。

特·肖克罗斯说，在历史上，国际法并不是没有对个人进行刑事惩罚的先例，他举例说，“大家只消观察一下海上掠夺、突破封锁或间谍活动等案例，目的就是为了看到，国际法在许多情况下是要个人承担责任的。战争罪把许多个别的人拖进国际法的范围，这是向来就被认可的”。已经发生的历史事件也不表明国际法当然失去效力。肖克罗斯对所谓“由于1939年发生的全部情况，这一公约（以及随后缔结的其他种种条约和保证）已经丧失掉了它的法律效果，因为集体安全的整个体系对当时已经宣告瓦解”的辩护发出了一连串的反问：“为贯彻执行上述种种条约以及为阻止和惩处罪恶的战争策划而臆造出来的这一体系实际上是不起作用的，这个事实究竟具有怎么样的重要性呢？日本、意大利和其他参加轴心国密谋的国家所发动的进攻，以及后来德国对奥地利和捷克斯洛伐克所发动的进攻，难道可以因为这些罪行取得了暂时的成就而认为这些国家业已承担了对它们具有约束力的那些义务？犯罪分子的暂时免罚不仅取消了对罪犯具有约束力的法律，而且使得罪行合法化，文明世界从什么时候起承认了这样的原则呢？”

然后，检方再从逻辑上对辩方论点进行清理。检方律师指出，从形式逻辑的角度来看，如果把国际法理解为仅仅是由成文的具体条文构成，辩方的上述辩护理由是无懈可击的。因为“法无规定者不罚”大前提是正确的，成文的法律条文也确实没有关于主权国家发动战争构成犯罪的明确规定，更不存在关于政治领导人个人对其发动的战争承担刑事责任的法律规定，即小前提也不是没有。但是，以上形式逻辑的有效是有条件的，即其大小前提必须真实。如果前提不真实，其推导的结论如何正确？关键就在这里，问题的实质是：辩方提出的小前提并不是惟一的选择，也就是，为什么不可以将国际法理解为具体条文和法律原则共同构成？在这里，法律推理的前提本身就是需要选择和回答的，审

判的任务之一就是要对各种价值、利益、政策进行综合平衡和选择。在事关国际社会是要战争还是要和平这一重大问题上，法庭需要综合平衡和选择优越的法律价值。法律推理不应受形式逻辑的束缚，它应该追求人类生活的目的性所规定的社会价值。如果国际法是由具体条文和法律原则共同构成，辩方的上述辩由就失去了成立的前提。显然，检方在这里动用了辩证推理的庭辩武器。

最后，检方律师运用自然法理论详细地从正面阐述了其主张的逻辑前提：国际法并非仅仅由具体条文构成，法律原则也是国际法的组成部分，惩罚战争犯罪乃国际刑法之基本原则。国际法并不是国际的立法机构制定的法律，如巴黎公约这样的国家之间的协定，只是规定一般的法律原则，而不能规定行政技术方面的程序。战争法规不仅存在于条约之中，存在于逐渐得到普遍承认的各国的风俗和习惯之中，并且也存在于由法学家所制定的和军事法庭所应用的普遍的法律原则之中。这一法律并不是一成不变的，而是通过不断修正，以适应发展着的世界的需要的。实际上，在多数情况下，条约只不过是把现存的法律原则加以表述和对这些原则进行更确切的解释而已，法庭条例也只不过是该原则的具体化和发展而已。

依据以上逻辑前提，肖克罗斯向法庭提出，被告们“犯罪的动机得不到任何法律原则的支持”。肖克罗斯进一步用类比反问的方法支持了检方的上述观点：“不妨假设某个国家为了进行屠杀和掠夺的目的而派遣一批人到另一个国家的领土上去。难道因为这些人是作为另一个国家的工具去执行这项犯罪计划的，所以就可以因此而免罪吗？假使那些曾下令发动掠夺战争的个别人落到了遭受侵袭的国家的手中，他们能够要求免罪吗？依照我的看法，肯定办不到。”法国首席起诉人德芒东也主张，以上级命令为由进行辩护的理论在国家法律中具有明确的界限；这种理论并

不庇护对那些非常明显含有违法性质的命令的执行。他援引了1940年的德国军事刑法法典第47条为例，说明即使是在德国，当执行者在了解命令的行为具有犯罪性质而执行该命令时，执行者以上级的命令为由进行辩护也不予以承认。换句话说，由于被告们援引的法令与人类的基本道德和进行战争的有关国际惯例明显对立，其所犯的不光彩的罪行不能因为是执行命令而免受惩罚，即对明显具有犯罪性质的命令的执行不能免除刑事责任。前苏联首席起诉人鲁登科则反诘道，具体的个人犯下了滔天战争罪行，难道应该由德国和德国人民对其负责？他接着说，“在国际关系的领域里，国家的这一行为或那一行为都是通过国家的具体的个人、官员或代表付诸实现的。这些个人在实现此类行为时有可能犯下各种各样形式极为不同的触犯民法和刑法的活动。对于后者来说，也就是对于此类含有犯罪特征的活动来说，他们应该在此类情况下依照他们本国的以及外国的法令和法律，各按情况承担刑事责任”，“不只是希特勒的国家破坏了国际法的准则，从而导致了对某些国家所采取的措施；具体的个人也破坏了国际法的准则，由于他们所干的这些破坏行为，他们也犯了个人该受惩罚的罪行，根据法庭条例，他们在国际军事法庭上对这些罪行负有刑事责任”。

至于辩护方提出的“战争责任为什么不可以由发动战争的国家以赔偿损失的方法来承担”的辩由，肖克罗斯愤怒地驳斥说，这场侵略战争使千百万人遭受精神上和肉体上的折磨，甚至遭到消灭，使许多城市沦为废墟，使舒适的生活遭到破坏，甚至使许多国家文明的最根本前提遭到了破坏；侵略战争把全世界带到了毁灭的边缘；这一切需要几十甚至上百年才能得到恢复。所有这一切难道能仅仅被看作是违法赔偿点损失了事？如果是这样，正义何在？公理何在？国际法的权威和尊严何在？真正有效的国际和平秩序何以建立？基于这样的信念和考虑，各大国严正声明：

任何主权国家都不得犯罪，任何个人也不得以某一主权国家的名义去干犯罪的勾当，否则理应受到法律的严惩。以上信念和立场对被告行为的定性具有决定性的作用。

当以上论点都帮不了忙的时候，辩护方又提出了一个新的辩护理由：个人正当防卫。他们说，禁令是有的，但是在紧急情况下是顾不上的。在当时，作为主权国家的公民要么违反国际法在将来可能被制裁，要么违反本国现行法律立即受到惩罚，他们面临着一种绝望的选择。而依据一般公认的刑法准则，如果某人由于人身安全受到直接的威胁，而这种威胁既不是由他自己所造成的，又不是他所愿意承受的，那么，为了将自己从这种威胁中解救出来而非自愿地犯下某种罪行，这种人可以免责。

对此，检方指出，拒绝执行那些置本国人民和别国人民的生死于不顾的法令是被告们的权利和义务。而且，这些法令真的就是希特勒个人意志的产物？难道这些被告忠实地执行这些法令的真正动机真的像他们自我表白的那样纯洁无辜？检方律师依据大量证据向法庭证明：答案是否定的。这些被告绝不是什么一度曾处于那种进退两难境地的国家公民，而是一伙决定国家政策的关键性人物，正是他们亲手造成了这种犯罪的困境。他们在为自己开创权力地位的愿望的推动下建立了这种制度，并且以此为出发点接受他们自己的命令。这个制度的继续存在也取决于他们的持续支持。对于他们，根本谈不上什么“良心的危急状态”，也无须考虑在他们应当遵守的、而且他们本身也部分参与制定的国际法与他们自己任意制定的不正当的国家法律之间的“选择权利”。

到此，辩护方而精心构筑的辩护防线——被摧毁了。法庭支持了检察官们的控诉，明确指出：“违反国际法的犯罪行为是由人所犯的，不是抽象的人的行为。因此，只有惩治那些犯有这类罪行的个人才能发挥国际法各项规定应有的效力”，在文明社会，任何法律原则都不允许个人为了挽救自己的生命或避免自己的痛

苦，而以许许多多他人的生命和巨大痛苦为代价，就如同本案被告们所做的那样。

五、反思：法律实证主义、自然法理论及其超越

十分明显，在纽伦堡审判中，自然法理论获得了全面的胜利！

由于这一理念历经了一个半世纪的血雨腥风和思想撞击，而且，也由于复兴的自然法思想寓含新质要素，故准确地说，应称复兴后的自然法理论为新自然法理论。

自然法理念的这一复兴不是没有原因的。

在二次世界大战之前及其间，纳粹依据其意识形态追求，在集体观念、种族观念和领袖原则的基础上，迅速建立以所谓“集体主义”为绝对取向的国家体制与法律制度，它给德国和欧洲带来了深重的灾难。在纳粹统治区内，犹太种族遭灭绝与歧视，众多的家庭妻离子散，数以万计的人被放逐，数以百万计的无辜百姓被屠杀。人类道德与文化规范遭到恣意践踏。而这一系列践踏人权、侮辱人格的恶行都是以法律或命令的方式，被国家的法律权威当局所批准施行的。

而在上述的很长一个历史时段，法律实证主义统治着人类社会。然而，历史严酷地表明：由于“实证主义者眼里只有法律，他封杀了法的一切超法律成分，因而……在被政治权力扭曲的法之面前，实证主义者毫无抵抗”[①]，在不公正或不道德的法律面前，实证主义苍白无力。

在纽伦堡审判中，纳粹被告及其辩护人仍然死死地抓住法律

① （德）阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编，郑永流译：《当代法哲学和法律理论导论》，法律出版社2002年版，第19页。

实证主义，希望凭这一“护身符”，逃避法律的制裁。

检察官们当然不会让他们的如意算盘得逞。不过，他们清楚，欲将众纳粹分子绳之以法，首先必须清理在人们观念里已经根深蒂固的传统法实证主义，而最有力的思想武器则莫过于自然法理论。检察官向被告及其辩护人严正地提出反问，难道真如你们所主张的，只要是经过当权者制定的法律规范，不论其道德内容如何，都有效力而且都应该被人遵从？这与人类普遍接受的道德与价值准则，究竟要冲突到什么程度？……

自然法与实定法的关系问题，在法哲学语境中就是应然与实然、价值与事实的关系问题，它是法哲学史上一个永恒的主题。一方面，法律需要明确、公开、稳定、连续，以规约人性。如果法律未能充分维护其与过去的一致性，那么它将失去逻辑自洽性和完整性，同时，这也将打乱已经确立了的社会和商业期待，使根据法律安排生活和利益的人无所适从。这会削弱社会对法律和政府的尊重，而法律和政府一旦失去权威性，也必将降低或失去其对社会和经济发展的影响力。因此，人们对实定法应当给予充分的尊重。另一方面，法律的认识主体和调整对象处于永恒变动之中，这使得法律必须相应发展。社会要求法律在不断拓宽和拓深的领域发挥作用。这样，法的应然态和实然态之间的距离就必然永远存在，而也正因为这种矛盾张力的存在，客观上推动了人类社会和法律的不断发展。不过，关于如何处理二者关系问题，却让历代法学家大伤脑筋。

新自然法理论认为，当法律规范丧失其作为法的规定性而成为“恶法”时，区分应然法与实然法，并以超法规标准判定实然法，就显得非常必要。这里的“超法规标准”，系指各社会和人类的公众道德和价值取向。“从这一理念的视角考察，当恶法出现时，可以依据应然法的基准来进行否定的评价，各社会主体有权依据其良心和理性予以消极的抵制，各进步的政治力量也有权

通过各种合乎理性的渠道予以抵制或致其向善法取向的改订，独立审判的司法机关也应通过提高法官的良知、德行和对法的原理的认知能力等途径，以便允许其在司法实践中通过反映与合乎应然法的裁判，促进人类基本价值的法律体现。”①

检察官们依据新自然法理论，成功地粉碎了纳粹被告及其辩护人依据法律实证主义设置的所有辩护防线，控诉获得了完全的成功，罪人得到了应有的惩罚，纳粹战犯永远被钉在历史的耻辱柱上。而且在后来的联合国大会上，纽伦堡审判确立的惩治战争犯罪的原则被确定为现代国际法的基本原则。

作为战胜国的检察官，他们的起诉成功自有其有利的先决条件，但是他们的辩词有着实实在在的自然法理论依据，他们既征服了辩论对手，也赢得了饱受侵略战争之苦、渴望和平的全世界人民的广泛赞同。他们所阐述的自然法思想影响了整个西方，乃至世界二战后的法律、法学全部发展史。纽伦堡审判（还有东京审判等）促成了自然法理论在西方社会的重新流行，新自然法理论获得了完全的胜利。

不过，新自然法理论的胜利和流行并不代表自然法理论全无问题。自然法学说的最大问题就在于它的不确定性和主观任意性。由于判定标准的不统一性，自然法理论面临的最大问题就是：不同的主体以不同的标准判定实定法，如何能得到统一的善恶结论？此一自然法与彼一自然法，可以具有完全不同的内容：或者是神法的正确表述，或者是“仅仅是依赖功利原则”猜测的所谓“神法”，或者是实际存在的由人制定的法或道德的一部分。关于这一点，奥斯丁的批评是确当的，他说：“一部人法对一个人而言是好的，对另外一个人而言则是坏的，如果两个人不知不

① 李道军：《法的应然与实然》，山东人民出版社 2001 年版，第 31 页。

觉地参照了不同的尺度，或者相反的尺度。"①

正因为自然法理论有不确定性和任意性等问题，所以二战后反对自然法理论的也是大有人在。不过，正如考夫曼所说，"处在当时的法律困境的法院，除了借助'自然法'的思考对民族社会主义非公正国家作出反应，除了将那些确实是非公正的，或至少显得非公正的法律规范置之一旁，以及除了诉诸'超实证的本质法'去决断案件外，还应做些什么呢？此一'自然法的复兴'受到诸多指责，当时，它事实上也的确不是唯理性和理性的畸形产物。这个责难实当落在科学，尤其是完全未使司法对'法律的不公正'现象有所准备的法哲学头上。"②

其实，透彻地看，传统自然法学者与传统法律实证主义者的根本思维结构并没有什么本质差别，因为两者的"法"同样都是固定不变的、先验确定的东西，所不同的仅仅在于：前者先验确定的东西是绝对的法伦理原则（预设的、不变的人的本性），后者先验确定的东西是出自立法者命令（立法者意志）的法律材料。

这种先验确定的东西在变动不居的社会历史现实面前，如何可以成为人们行为和关系处理的理性准则，委实不无疑虑。

因此，如何对法律实证主义以及自然法理论进行超越，建立与变动的历史形成良性互动的开放的法律制度，仍然是我们实现现代法治不得不面对的最大难题。

---

① （英）约翰·奥斯丁著，刘星译：《法理学的范围》，中国法制出版社2002年1月版，第150页。

② （德）阿图尔·考夫曼；温弗里德·哈斯默尔主编，郑永流译，《当代法哲学和法律理论导论》，法律出版社2002年版，第120页。

六、案例资料选编：杰克逊的法庭演说、雅尔赖斯总辩护书等

律师简介：罗伯特·杰克逊

1892年，罗伯特·杰克逊生于宾夕法尼亚州的斯普林·克雷克。他在纽约州奥尔巴尼法律学校接受了法律训练。毕业后，他获得了律师资格，在纽约的詹姆斯顿开业。1936年，杰克逊被富兰克林·罗斯福启用，担任美国司法部长助理。在这个职位上，他表现杰出，并于1940年就任司法部长。1945年5月2日，杰克逊作为美国最高法院的大法官，在纽伦堡审判中担任首席公诉人，进行了人类历史上最有意义的一次审判。

……

杰克逊在纽伦堡审判中的法庭演说

（德国，纽伦堡，1946年7月26日）

庭长先生，陪审团的先生们：

由于时间有限和材料的纷繁复杂，一个律师或许很少面临比准备法庭演说更艰难的任务。

在8个月中——随着国际军事审判的进程，在这么短的时间里——我们提供了证据，这些证据就像以前那些包含材料众多的诉讼一样，包括一系列的、广泛的、多种多样的和全面的事实。在法庭演说中，我们只能把这个案子审理过程中那些疯狂的、令人压抑的审判记录要点做一个粗线条的勾勒，但它将作为20世纪耻辱与堕落的历史记载而被保留下来。

大家都认为，我们自己生活的这个时代是文明的顶点，从这

个顶点上，我们以一种居高临下的姿态，根据我们所认为的“进步”来审视过去年代的不足之处。但是，现实则是，从长远的历史观点看，现在这个世纪并非就处于一个受人尊敬的地位，除非它的下半个世纪能改正它的上半个世纪的错误。

20 世纪的这两个 20 年，就像所有编年史中所记载的最血腥的记录一样，将被历史所记载下来。两次世界大战留下的是一份死亡遗产，其死亡人数超过了古代或中世纪历史上发生的任何战争中被卷入的全部军队人数的总和。没有哪半个世纪曾经历了如此大规模的屠杀，如此的残酷与非人道，如此大规模地将人们放逐到奴役的状态，如此灭绝少数人种。任何酷吏的恐怖统治相比于纳粹的暴行，也显得黯然失色。这些暴行已经是蒙上了阴影的历史事实，我们的后代将记住这 10 年。如果我们不能消除这些因素，并阻止这些野蛮事件的再次发生，那么，说 20 世纪将是文明的厄运，就决不是一种不负责任的预言。

我不需要过分详细地阐述有关这一案件的法律。美国的立场，在我的陈述一开始，就已作了阐明。我尊敬的同事，英国检察总长将代表所有首席公诉人回击被告在法律方面的进攻。在诉讼的这个阶段上，我将采用军事法庭的宪章所规定的那些定罪条款。如果没有这一宪章，这些被告原本没有在此受审的权利，而现在，他们竟然声称该宪章的法律依据无效。本法庭没有被授权，不顾或改进由 4 强制定并被其他 18 国所遵守的这一协议。该宪章的条款对这些诉讼的任何一方面都具有权威性。

我们或许能对这一件事作出肯定，即未来将不会担忧地问：“纳粹分子为他们自己说了什么？”历史将知道说了什么，知道他们被允许说了什么。他们自己已被给予了这样一次审判，而这样的审判，在他们执政的鼎盛时期，他们是从来没有给予过任何人的。

但是，公平决不意味着软弱。这些审判极其公正，正是我们

力量的象征。在本案行将结束之时，似乎存在着一种内在的、不容置疑的因素，因为本案的诉讼扎根于不容怀疑的权威性的德国文件之上。尽管一周又一周，被告一个又一个地对本案吹毛求疵，但这恰好证明了本案起诉的真正力量。事实是，被告的证词已排除了他们是否有罪的疑问，因为这些罪行的特殊性质和为数众多，因为这些罪行或许在他们声辩之前就已经存在，因为正是他们自己帮着写下了给他们定罪的理由。

但是，这个案子的法官不会对由被告及其律师提出的某些辩护给予理睬。我们过去没有，而我们现在也不需要去讨论他们这种含混不清、居心叵测的哲学的价值。我们不是为他们拥有这种应当受到谴责的观点而审判他们。如果他们愿意要放弃德国曾是希伯来文明遗产的一部分，那么，那是他们的权利。他们要放弃古希腊文化的遗产，这也与我们无关。即使纳粹的智力完全丧失，即使他们的政体道德堕落，如果纳粹不侵犯、蹂躏其他国家，那么，纳粹就与国际法无关。他们的信念及学说，仅仅与动机、目的、学识、意图一样，与我们的审判无关。

我们起诉非法的侵犯，但我们不审判他们的动机、企图或立意，尽管这些都有可能使德国利用侵略战争作为策略手段。法律不像政治，它本身不关注好与恶的现状，也不关注有关好与恶的价值。它只要求现状不要遭到暴力行为的袭击，要求政策不要借助战争来实施。我们可以承认，种族与文化重叠在一起的集团，以及经济障碍、民族间的冲突、报复与野心，虽然出现于 30 年代，但它们还将继续给德国以及欧洲其他民族造成巨大的问题。我们也承认，这个世界没有能提供一个政治或法律的治疗方法，这个方法应该是正直的、可接受的、能代替战争的。我们不能评判任何一个国家，包括我们自己的国家，在面对这些问题时所采取的道德标准或态度。但是，对德国或其他国家通过侵略战争来伸冤或寻求扩张的这种行为，我们要说它是非法的、犯罪的，正

如 1939 年以前的某一段时间一样。

让我强调一下要点，如果我们没有证据来证明他们至少犯有本起诉中所指控的任何一条罪状，那么，美国对给任何一个被告定罪都不感兴趣。如果我们的后辈冷静而有批判性地评判，宣告我们的审判是一个不正义的结果，那么，这样的结果都不是与本案有关的任何一个国家的胜利。但是，在法庭演说中，我们不乏经过检验的犯罪行为的证据，并且，我们听到了被告那些毫无价值的借口以及微不足道地逃避责任。因此，关于这个案子，不应该还是悬而未决，最后判决的时刻已经到来了。如果我提交的案子看起来很棘手，那只是由于它的证据本身使然。

或许我能做的最好的事情，莫过于把这个案子从太多细节的泥潭中拔出来，把这个案子的整个轮廓呈现于你们面前，给你我留下一个简洁明了的印象。的确，数千份的文件，以及数千页的证词，都是为了用来对付一个时代，它们覆盖了一个大陆，触及人类努力的几乎每一个方面。它照亮了这些领域，如外交、海军发展、海战、地面战、空战的开创、纳粹夺权的政治、极权主义战争的金融与经济、社会学、惩罚学、大众心理学。必须让专家来整理这些细节，写出有关的专著，我只能用几笔勾画出这些被告，这些被告若被合法地释放，那么他们将会威胁文明的进程。我必须，正如吉普林所言，“必须用彗星尾巴做的笔在无边的画布上挥洒”。

在共谋罪这条罪名下，这个案子对这些被告的起诉力量是显而易见的，这也是美国的立场。它只涉及 3 个最重要的问题：第一，由军事法庭法律界定的罪行是否已被实施？第二，这些罪行是否是共同计划或共谋的结果？第三，这些被告是否该遭到谴责？

这个起诉需要审查被告是否有一个犯罪纲领，而不需要核实众多孤立、无计划的或有争议的犯罪事实。我们所依据的这些实

实在在的犯罪事实，不管是作为共同计划的目标，还是实现计划的手段，都应该是被公认的，在评判、证明被告犯有共谋罪时，它们的性质和数量都是必须考虑的。

（一）夺权与征服德国，建立一个极权国家

纳粹党在 1933 年控制了德国。“夺权”是被告以及被告方证人频繁使用的一个词，以至于这个词都已进入了历史，成为了日常用语。

在早期，纳粹这个秘密政治团体，始终处于害怕被解散的恐惧中。1934 年，戈林指出，他们的敌人很多，并说：“因此，集中营应该被建立起来，在那里，我们已囚禁数以千计的共产党人和社会主义官员。”

1933 年，戈林预测，有目的的残酷镇压计划在被公开宣布时，“在将来要举手反对纳粹运动或这个国家的某个人，他必须知道他将在极短的时间内丧生。”

新的政治犯罪就因此目的而被设定了，即只要组织或支持除纳粹党以外的一个政党，将被定为叛国罪而处以死刑；散布假的或夸大的言辞，或对这个国家、这个政党有害的言辞，也是一种犯罪。如此晦涩的法令被颁布，以至这些法令可以被用来惩罚几乎任何一个原本无罪的行为，如煽动“与这个国家战争相悖的任何行为”，都可以被定为一种罪行。

以此类推，惩罚条款可以被用于对任何没有法规禁止的行为进行定罪。司法部长居特纳解释道，纳粹主义考虑到每一个违反生活目标的行为——这个社团为自己建立的这一生活目标本身是错的——即使该行为没有违反现存的“正式”法律，也要受到惩罚。

盖世太保与党卫队保安处，就是渗透在公共与私人生活中的间谍系统的的工具。在纳粹控制下的所有行政机构以及德国国会，都被剥夺了其应有的权利。司法部是这个恐怖统治的最后障

碍。但是，司法部的权力也很快被剥夺，它被改组成为了一种可以贿赂的“正义”。法官们因政治或种族的原因而被撤职，并遭到暗中监视，或承受必须加入纳粹党的压力。

通过抵抗或改变政府，结果排除了所有可能导致和平的途径。在偷偷摸摸地溜进权力的大门之后，纳粹党把大门砰的一声关上了，把其他所有也渴望进来的人拒之门外。因为法律是由纳粹分子制定的，所以任何一种对立都要被彻底拔除，每一种不同的声音都要遭到扼杀。德国成了一个极权国家，它使用集中营的恐惧来作为一种取消抵抗的手段。党就是国家，国家就是党。白天的恐惧、夜晚的死亡，就是这个党和这个国家的政策。

（二）准备并发动侵略战争

从纳粹分子夺权的那一刻起，他们就通过狂热的但又是暗地的努力，蔑视《凡尔赛条约》，着手准备战争。

1933年，他们成立了空军，到1939年，他们拥有了21个飞行中队。它由240个梯队，大约2400架一线战机组成，且都配备了训练教官和运输机。在1933年，他们成立了由3个步兵师和3个骑兵师组成的陆军，到1939年，他们筹建并装备了拥有51个步兵师的陆军，其中有4个机械化师，还有4个是装甲师。在1933年，他们建立了一支拥有一艘巡洋舰、6艘轻型巡洋舰的海军，到1939年，他们已拥有一支有4艘战列舰、一艘航空母舰、6艘巡洋舰、22艘驱逐舰以及54艘潜水艇组成的海军。在此期间，他们还建立了军工业，其效率和世界上的任何一个国家一样高。

这些新型武器的使用，开始于1939年9月，用于一系列不宣而战的战争中，以对付德国与之有仲裁协议和互不侵犯条约的国家。并且，德国还反复违背自己的诺言。1939年9月1日，重新装备的德国进攻波兰。4月，入侵并占领丹麦、挪威。5月，蹂躏比利时、荷兰和卢森堡。在下一个春天，南斯拉夫、希腊遭

到进攻。1941年6月，入侵苏联。然后，日本被德国当作伙伴拥抱，偷袭珍珠港，4天之后，德国向美国宣战。

在这个尚未结案的案子中，我们不需要用“什么是侵略?”这样一些难以理解的问题来跟我们自己过不去。在讨论共谋罪这个方面，我将向你们证明：通过有责任感的权威机构提供的检验标准，通过普通常识的所有“大炮”，这些毫无疑问是非法的侵略战争，它们破坏了国际条约，并且违反了他们自己的承诺。

（三）蔑视国际法的战争

对此事实，我不再需要做详尽的阐述。戈林曾宣称陆地战争的条款已经过时了，没有哪一个国家能在有限的情况下发起一场总体战。他声称纳粹分子已经宣告德国不再是那些国际公约的成员国，但是，约德尔将军又希望被俘的德国士兵继续享有同盟国执行国际公约所提供的好处。

条顿骑士的仇恨是无边无际的，它被利用来反对苏联和对付苏联的战俘，尽管海军上将卡纳里斯警告说，这样对待苏联人和苏联战俘是违反国际法的。

因此，我们不需要为了共谋罪这一目的，去复述那些对东方战俘所犯下的令人触目惊心罪行的细节：饥饿、鞭打、杀害、冷冻、大规模地屠杀。同时，我们也可以认为，如果下列这些非法行为是公认的：枪杀英国和美国空军飞行员、虐待西方战俘、强迫法国战俘到德国从事战时特殊工作以及其他故意违反海牙与日内瓦公约的行径，这些非法行径确实发生了，而且是秉承了最高权威的旨意。

（四）对被占领国的奴役与掠夺

被告沙克尔，管理劳工的特命全权将军，是下面这种说法的权威：“在到达德国的500万外来劳工中，甚至没有20000人是自愿来的。”据给被告罗森堡的官方报告所称，在他管辖的范围内，“招募办法采用的是源自奴隶贸易中最黑暗时期的方式”。

沙克尔自己报告说，他的手下四出搜寻劳工，将其灌醉，然后使其失去“知觉”，再将其劫运到德国。这些被捕获的人，被装在冰凉的、没有食物和卫生设施的火车上，运到德国。在途中死掉的，就在中途的火车上被扔出去，新生儿则被从奔驰着的火车的窗户中扔下去。

沙克尔命令：“要以这样一种方式对待劳工，以便用低得难以想像的开支，最大限度地剥削他们。”有200万劳工被直接用于制造军火。在埃森的克虏伯机车厂，厂长对同伴抱怨说，俄罗斯劳工根本没有吃饱，以至于他们虚弱得根本无法工作。克虏伯机车厂医生的鉴定，证实了这些劳工极为可怜的境况。苏联劳工被关押在盖世太保管制下的集中营里，这些士兵被允许可以采用禁闭或当场绞死的方式来惩罚反抗行为。

被占领国家的平民在其他方面也遭到剥削和无情的压迫。恐怖主义就是当时的秩序。平民可以不经指控就遭到逮捕，没有经过律师的辩护就可以被判决，没有审判就可以被处死。村庄被毁，男性居民被枪杀或被送进集中营，女性居民则被送去参加强制性劳动，儿童被驱赶流落国外。单是在波兰，其大屠杀的程度，据弗朗克的报告显示，“如果我想为被枪杀的每一个波兰人做一张招贴，那么，全波兰的森林用来生产用于该招贴的纸张，都还不够。”

在这场战争之前或之中，无论什么时候，国际法都用准确、权威的方式指明，必须保护被占领国无辜的平民，任何在被占领国进行奴隶贸易和对被占领国的任何掠夺，都是违法行为。

（五）对犹太人与基督徒的迫害

因为对犹太人的迫害，以及前所未有的、最广泛的和最可怕的种族迫害，纳粹运动将成为历史上梦魇一般的记忆。尽管纳粹党既未发明，也未垄断排犹主义，但是从最开始，纳粹党魁就偏爱它、煽动它、利用它，他们把它当做“点燃暴徒的心理火花”

来使用。

在夺权以后，排犹主义成为了国家的一项政策。迫害开始于一连串区别对待的法律，其目的旨在把犹太人从政府机构、各种职业以及经济生活中排挤出去。当它日趋强烈时，它甚至包括把犹太人隔离在犹太人区，并且将其流放。由纳粹党魁组织的暴乱，其目的旨在洗劫犹太人的商业店铺，以及烧毁犹太教堂。犹太人的财产被没收，10亿马克的集体罚款落到了犹太人的头上。这个计划在一种狂暴和不负责任的情况下，为达到最后解决问题的目的而实施着。这个计划包括：把所有适合工作的犹太人遣送到集中营做奴役劳工，把所有不适合劳动的犹太人，包括12岁以下的儿童和50岁以上的老人，以及被党卫队医生鉴定为不适合工作的所有人送到集中营处死。

阿道夫·艾克曼，主管大屠杀的一个十恶不赦的家伙，他估计反犹太活动导致了大约600万犹太人死亡。在这些人中，有400万死于集体屠杀机构，200万死于特别行动队、秘密警察和党卫队保安处手中。这些机构在犹太人区和犹太人家中追捕犹太人，通过毒气车、防坦克壕中的狂射以及纳粹所能想到的每一种手段，将犹太人杀掉。这一屠杀计划是如此的彻底和如此的不妥协，以至于欧洲的犹太人作为一个种族已不复存在，因此，它实现了阿道夫·希特勒在这场战争一开始所作的恶魔般的“预言”。当然，这个计划也一定要找基督教会算账。这一点从一开始就被认识到了，被告鲍尔曼在1941年向所有地方长官这样写道：“纳粹主义和基督教观念是不调和的。”人们必须跟这个教派脱离，这个教派的影响必须全部肃清。被告罗森堡甚至写下了令人深感忧虑的文章，在文章中他鼓吹一种新的魔鬼一般的纳粹宗教。

盖世太保指定了“基督教专家”，并要求这些“专家”摧毁忏悔的教堂，在材料记载中，有很多迫害教士、没收教堂资产、阻挠宗教出版物、瓦解宗教教育和镇压宗教组织的详细事例。

迫害与大规模屠杀的主要工具就是集中营，它由被告戈林创办，并在被告弗立克和卡尔登勃鲁纳的全权管理之下完善。

这些罪恶地方的恐怖情形已被文件极为生动真实地揭示出来，并被证人加以了证明。本军事法庭一定已对关于这些地方的魔鬼般的文字表达与形象的描述感到厌倦了，你们的记载已清楚地表明集中营是纳粹德国使用的第一个，也是最恶毒的武器，它们是用来迫害基督教徒、灭绝犹太民族的基本手段。这一点已被站在证人席上的一些被告所承认，用被告弗朗克的话来说，就是："1000 年将过去，但纳粹的这一罪行仍将不能被抹去。"

这些纳粹政权的 5 大确凿的罪行和他们的犯罪，是不容否认的，是已被公认的……

我现在宣布关于这些罪行是否属于共谋罪的调查。……

英国和苏联首席起诉人的总结发言摘录

哈利特·肖克罗斯爵士：……雅尔赖斯教授绝妙的论述……解决了模棱两可的问题。这类阐述的结果是：根据凯洛格—白里安公约以及其他国际性的声明和条约，侵略战争是违法的，然而却不是犯罪行为，因为把侵略战争说成是犯罪行为的这一种尝试和那一种尝试，都是同国家的主权不相容的。总之，在第二次世界大战爆发以前，防止战争的整个体系已经瓦解，法律基础也因而被破坏无遗。此外还解释说，上述各项条约从未为许多法律学家和新闻界人士所认真对待，而且这些条约也实在不值得认真对待，因为条约本身没有包含怎样能够以和平手段解决和改变现状问题的条款。鉴于巴黎公约本身就强调了防御，这样也就谈不上犯罪性的破坏条约或违法性的破坏条约，因为每一个国家——也包括德国在内——都必然拥有决定它是否有必要进行自卫战争的权利。最后被强调指出的是，国家不可能负有刑法的责任，即使

有人不承认这一主张，犯罪行为也只是德意志国家的犯罪行为，而不是德国个别人的犯罪行为，因为在发动了这场世界大战的德国不存在个人的意志，而只有一种至高无上的、不受监督的和最后决定的意志，也就是独裁者领袖的意志……

我力求不浪费时间来重复我在开庭致词中所阐述的国际法中有关战争概念的变化，当时我曾把这种概念作为一大批条约的成果，尤其当作是谴责战争的公约的成果。我曾指出，这一从属于那些经大多数国家签字的国际性条约的公约，以其在另一些国际法中经常缺乏的庄严性和明确性提出了国际法的原则；我也曾讲过，该公约所提出的深刻变革反映在各国政府和各国政治家的一些举足轻重的声明之中，虽然事实上在中世纪就已经承认了正义战争和非正义战争之间的区别。我还要指出，该公约把在破坏公约的情况下发动的战争规定为违法的行为；而且在进行意味着有千百万人死亡和对文明的最后基础发动直接攻击的犯法活动时，在违法性和犯罪性质之间并不存在区别。我也不想为了对辩护方面提出的奇特的法律论述逐点进行研究而消磨时间，例如辩护方面曾提出：公约的签字国并未使公约生效，因为公约在某些范围里遭到了不信任和嘲弄。

如下论点对正常的法律感情起着更为令人诧异的作用：由于1939年发生的全部情况，这一公约（以及随后缔结的其他种种条约和保证）已经丧失掉了它的法律效果，因为集体安全的整个体系在当时已经宣告瓦解。美国在1939年宣布中立的事实就曾被引为上述集体安全体系瓦解的证明，好像美国在某种程度上负有法律责任，对此当可另作讨论。但是，为贯彻执行上述种种条约以及为阻止和惩处罪恶的战争策划而臆造出来的这一体系实际上是不起作用的，这个事实究竟具有怎么样的重要性呢？日本、意大利和其他参加轴心国密谋的国家所发动的进攻，以及后来德国对奥地利和捷克斯洛伐克所发动的进攻，难道可以因为这些罪

行取得了暂时的成就而认为这些国家业已承担了对它们具有约束力的那些义务？犯罪分子的暂时免罚不仅取消了对罪犯具有约束力的法律，而且使得罪行合法化，文明世界从什么时候起承认了这样的原则呢？……

但是，人们并不满足于令人惊异的论点，侵略者正是通过他们的侵略行为来取消反对侵略的法律的，因为爱好和平的国家对自己遭到讹诈……而拿起武器总是犹豫不决的。被告们仍然提出了自卫的问题……

巴黎公约和其他任何一个条约都没有也不可能取消自卫的权利。再者，如果要想剥夺各个签字国的这一权利，首先就得确证：第一，拖延是否有危险；其次，是否立即出现了自卫的行为。每个国家都是审核自卫行为是否必要的裁判者，只有这才符合明确的法规。但是这并不表明这样干的国家在终审法庭中有权裁决他们自身的行动具有正当的合法性。他们的行动寓有其内含的危险性。个人为进行自卫而对他本人所行使的习惯法规定的权利负有责任，与此完全相同，如果国家滥用其权利，如果国家把自己的“自卫”变成了征服和无视法律的工具，如果它把进行自卫的自然法蓄意歪曲为掠夺和征服欲望的武器，国家也对此负有责任。国家所宣称的那种行为的合法性导致了自卫，对这种行为的合法性的最后裁决并不操在有关国家手中。由于这个原因，自卫的权利（不论是明确保有或是含蓄保有的）丝毫改变不了如下事实，即一项条约能够在法律上构成对战争的束缚……

令人非常奇怪的是，就在德国政府侵占大多数欧洲国家的当时，被告们蛮横地践踏了这些国家的独立和主权，并且以夸耀自吹的冷嘲热讽使被占领国家的主权屈从于一种新的“大空间秩序”的概念——我说的是，这些被告竟然援引国家主权的神秘力量和神圣性，这确实是非常罕见的。当他们为了在战胜国的正义惩罚面前保护被征服的德意志国家及其当权者而援引得到普遍承

认的国际法的时候，这也不是不值得注意的。但是，并不存在符合上述目的而有助于他们的国际法规……

战前，在国际法的关系中没有既承担国际法的义务同时又强制执行这些义务的超国家的机构，这应该说是对的。但是，法律的存在——如上所说在国际的范围里——从不取决于本身并不含有法律的相应的批准权的存在，与之相反，国际法总是建立在普遍同意的基础之上的，而且基于普遍同意的原则，这一法律体系对参加国际法共同体的各成员国均具有约束力，尽管同意并不是通过暴力达到的，尽管也可能缺乏足以藉此达到强制服从的表面上的批准，这些法律条文依然因此而成为该共同体的法律。幸而事实情况是：绝对的国家主权从属于过去的陈旧观念。这是一种与任何国际法条约的约束力完全不相容的概念……

把条例当作是一种拥有追溯既往效力的立法法令，这种借口是缺乏根据的，这种说法不仅涉及把侵略战争宣告为犯罪行为的问题，而且也涉及确认各个国家不能置身于刑法责任以外的问题。

但是，在这之后还提出了，即使是国家负有责任，根据国际法只能是国家负责，而不能是个人负责，对这备战论点引述了各种不同的理由。这里要说明的是，国际法的主体对象只是国家，而不是个人。然而不存在这样的国际法原则。大家只消观察一下海上掠夺、突破封锁或间谍活动等案例，目的就是为了看到，国际法在许多情况下是要个人承担责任的。战争罪把许多个别的人拖进国际法的范围，这是向来就被认可的……

此外还可以用其他方式来为上述论点辩护。当有关行为表现为一种国家的行为时，那些作为国家的工具执行这种行为的人不负个人的责任；他们有权以国家的主权为由替自己辩护。

在现有的一系列合法的裁决中表明，一个国家不拥有控制另一个主权国家或控制该国的元首或代表的权力，这在此刻看来固

然是正确的。但是，这些裁决是以合乎国家礼仪的规则以及和睦而顺利的国际交往的惯例为基础的，而且只有当主权的承认有可能成为真正的国际间的关系时，只有具备了这种先决条件，这些裁决才在事实上拥有对异国主权的不可侵犯性。如果认为，某些受到国家支持的国家机构有权以它们所制造和控制的形而上学的东西来掩饰其自身的作为，上述裁决则相反地对这种观点提供不了任何依据；而如果这个国家意欲通过裁决的条文去达到上述目的，恰巧就破坏了构成国际法法规存在条件的基础。不妨假设某个国家为了进行屠杀和掠夺的目的而派遣一批人到另一个国家的领土上去。难道因为这些人是作为另一个国家的工具去执行这项犯罪计划的，所以就可以因此而免罪吗？假使那些曾下令发动掠夺战争的个别人落到了遭受侵袭的国家的手中，他们能够要求免罪吗？依照我的看法，肯定办不到。但是，这恰巧就是在这方面发生的情况。事实上，这是企图以免罪的外衣把罪行包裹起来，因为犯罪的动机并不是个人的动机，而是一种政治的动机，这种犯罪的动机得不到任何法律原则的支持，而是产生于一种专制独裁的政治教义，这种教义与其说从属于权与法所支配的范围，还不如说从属于权力政治的范围。

最后还得说明的是，这些可怜的人都是希特勒手中的软弱无能的工具，他们所干的一切都只是按照命令行事，而依照他们自己的主张行事，却是犹豫不决……

这些人谋求当作挡箭牌的专政就是他们的创造物。他们在为自己开创权力地位的愿望的推动下建立了这种制度，并且以此为出发点接受他们自己的命令。这个制度的继续存在取决于他们的持续支持……

R·A·鲁登科：……辩护方面在他们对本庭的总结发言中再次提出了一系列法律问题：

1. 关于“法无规定者不罚”这一原则的意义；

2. 关于命令的意义；

3. 关于国家和个人的责任；

4. 关于密谋的概念和诸如此类的问题。

在这种情况下，我认为有必要再次对某些法律问题加以回顾，以便反驳辩护方面谋求把简单明了的规章条文搅乱以及把法律方面的论据变成模糊不清的烟幕的企图。他们这样做的目的在于对法庭掩盖法西斯罪行的血腥事实。

(一)“法无规定者不罚”的原则

辩护方面力图以如下根据反驳起诉，认为在被告犯下他们负有责任的行为时，在当时所有的各项法律中并未规定对此类行为进行刑事起诉，因此，被告不能对这些行为负刑事责任。

我可以简要地对所有提到的“法无规定者不罚”的原则加以驳斥，因为作为不可改变的法律和必须无条件执行的国际军事法庭的条例明确规定，本法庭“有权对为欧洲轴心国的利益而犯有”条例第6条所列举的“罪行的所有人员进行审判和惩处，而不论其为个人或为某一组织或集团的成员”。

因此，从法律的立场来观察，对于被告所犯罪行的宣判和惩处无须按在他们犯罪的当时就已经被规定的刑法。然而毋庸怀疑，被告的行为是犯法的罪行，他们在犯罪的当时就触犯了实际生效的法律。

国际法庭条例的刑法标准就是一系列国际协定的行动准则，我在1946年2月8日的开庭致辞中就已对此一一加以引述，而且也包含在所有文明国家的刑法立法之中。所有文明民族的立法都规定了对屠杀、拷打、暴行、掠夺等等应负的刑事责任。

由被告们所犯下的这些极度残暴的罪行，其规模超越了人类的任何想像，其形式也是前所未闻，这种情况当然不能排除他们所应负的责任，而且成倍地加深了他们的责任。如果被告在任何一个国家和对该国的公民犯下了罪行，那么，根据苏联、英国和

美国三国首脑的声明，已于1943年11月2日发表了三国所取得的完全一致的、并获得普遍承认的刑法准则，这些被告将依此受到有关国家的审判，并将按照当地通行的法律进行判决。

上述声明规定："凡曾负责或同意参加上述暴行、屠杀或执行死刑的德国军官、士兵和纳粹党员，均应解回他们犯下可恶罪行所在地的国家，以便依照这些被解放的国家以及在这些国家中建立的自由政府的法律对他们进行审判惩处。"

但是这些被告都是战犯，"其所犯罪行不存在特定的地域性"(1945年8月8日四国协定第一条)，因此由条例授予权限的国际军事法庭对他们所犯的罪行拥有审判权。

被告赫斯的辩护人妄自提出了如下主张："因此再也难以怀疑，并不存在条例第6第2段（第1款）所认为的犯罪事实的表达形式——破坏和平罪。"

没有必要在这里再次提及我在1946年2月8日开庭致辞中所曾提到过的国际协定，在这些协定里业已承认侵略战争是国际性的罪行。

因此，被告及其辩护人在"法无规定者不罚"的原则背后所隐藏的企图破产了。由于他们那些即使在从前也被文明人类认为是犯罪的行为，他们受到了控告。

（二）命令的执行

被告中的某些人在他们向法庭所作的陈述中试图把自己说成是可怜的侏儒，是他人的意志——希特勒的意志——的盲目而顺从的执行者。

辩护人雅尔赖斯在为这一论点寻找法律根据时谈了许多关于希特勒所发布的指令的意义。这个辩护人雅尔赖斯认为，希特勒的命令"在某种程度上完全不同于其他任何一位领袖的命令"，希特勒的指令是"在法律上不可辩驳的"。辩护人雅尔赖斯从而提出问题："为本法庭条例作为免刑理由而被置于一旁的那种命

令究竟算不算是希特勒的命令?"

难道能把这样一种"命令"与条例所规定的那些命令等同对待吗?

解释法律是任何一位法律学家无可争辩的权利，也同样是辩护人无可争辩的权利。但是，辩护人强调指出，专为对法西斯德国的首要战犯进行审判而制订的条例并未考虑这些罪犯的活动，辩护人究竟是以什么样的逻辑或其他什么方法来指导这种观点的，看来非常难以理解。

法庭的条例所指的究竟是些什么样的命令?是谁发布的命令和在哪个国家发布的命令?

但是，无可争辩的是相反的方面：条例的制订者非常了解希特勒德国的特殊情况，他们从哈尔科夫的起诉材料和其他地方的起诉材料中非常了解被告利用希特勒的命令保护他们的企图，而且正是由于这方面的原因，条例的制订者特别规定了，对明显具有犯罪性质的命令的执行不能免除刑事责任。

(三) 国家和个人的责任

看来，甚至连企图利用希特勒以保护一大批部长、纳粹党大区领袖和军事指挥官的谋划者，在某种程度上也对此类形式的辩护伎俩的说服力表示怀疑，因为他们为支持这种伎俩又设置了一条新的防线。

辩护人雅尔赖斯曾这样说："但是，当德国在个别情况下不得不违背一份仍然有效的互不侵犯条约而发动进攻时，它是干了违反国际法的犯法行为，而且根据国际法的有关触犯国际法的条文，对此负有责任。但对此负有责任的只是德国!而不是个人……"

对此不得不着重明确指出，上面援引的观点并不是什么新的东西；还在这次审判进行辩护发言以前，战犯们的某些非正式辩护人就已经散布过如下说法，即不应由具体的个人来对犯罪的进

攻和战争罪行负责，而应由德国和德国人民对此负责。

如果说国际法的主体——也就是说国家——破坏了国际法的准则，引起了这一种或那一种国际性质的后果，然而无论如何不能由国家来负刑事责任。

在国际关系的领域里，国家的这一行为或那一行为都是通过国家的具体的个人、官员或代表付诸实现的。

这些个人在实现此类行为时有可能犯下各种各样形式极为不同的触犯民法和刑法的活动。对于后者来说，也就是对于此类含有犯罪特征的活动来说，他们应该在此类情况下依照他们本国的以及外国的法令和法律，各按情况承担刑事责任。

在当前的情况下，不只是希特勒的国家破坏了国际法的准则，从而导致了对某些国家所采取的措施；具体的个人也破坏了国际法的准则，由于他们的这些破坏行径，他们也犯了个人该受惩罚的罪行，根据法庭条例，他们在国际军事法庭上对这些罪行负有刑事责任。……

（四）关于密谋的概念

辩护方面虽然形式各异，手法变化多端，却一致谋求反驳对被告参与犯罪密谋而提出的控告。在此期间，辩护人从各个极为不同的方面对密谋做出了片面的和带有倾向性选择的解释，他们力图证明，戈林、赫斯、里宾特洛甫和其他人等不能被认为是密谋的参与者。

我愿意提出一些论点以证明辩护报告的缺乏根据。

密谋系以一个为达到共同的犯罪目的而成立并为此进行活动的犯罪团体的存在为前提。这样一个团体无疑是存在的。显然，在密谋分子攫取了国家机器的情况下，联结犯罪的密谋团体的各个成员的线索和方法是极其错综复杂的。

在任何一个犯罪的团体里，尤其是在一个分支机构分布极广而且为数众多的团体里，作为个人来说，该团体的一大批成员确

实对个别共犯分子所干的、在总的密谋计划里所规定的那些犯罪行为是无法先天知情的。尽管如此，由于这些罪行出自一份独一无二的、一般地说对整个团体都起作用的犯罪计划，虽然某些共犯分子本人没有干那些个别的犯罪行为，而且对此也并不知情，但他们对这些罪行仍然负有责任。

例如，席拉赫也许对奴隶贩子绍克尔或对集体屠杀的煽动者施特赖歇尔的个别措施并无了解，但在当前的情况下，并不能由于上述情况而排除密谋的存在。

密谋的存在也不能由于某些共犯分子之间在特定问题上的意见分歧——例如戈林对博尔曼等人的阴谋——而被排除。

在任何哪一伙盗匪和小偷当中都可以出现这样的纠纷，但是这一伙匪帮并不因此而不称其为匪帮。

在任何团体中，差不多在参加者之间都存在着某种森严的等级制度。犯罪集团的首脑分子经常无理要求对该集团的其他成员拥有无限的权力，直至决定他们的生死存亡，但是，看来世界上没有一个法学家曾经想到仅仅由于这个原因而否认犯罪团体的存在，因为并不是所有的参加者都被置于同等的地位，其中总是会有某一个人凌驾于他人之上而行使其权力的。

在这种情况下，要因此而否认密谋的存在，这至少是令人感到奇怪的，因为在头子希特勒的手里集中了巨大的个人权力。同样地，密谋的存在排除在犯罪集团成员之间为达到共同的犯罪目的而分配安排某些角色，而且甚至以此为前提：其中之一操纵整个犯罪活动，第二个从事意识形态教育方面的事务，第三个负责领导军队，第四个组织战争工业的工作，第五个照管外交活动的准备工作，依此类推，等等。因此，法西斯的密谋完全不只是一般的密谋，更确切地说，这是一种特别危险的密谋，因为在这些密谋分子的手里拥有国家机器，还拥有巨大的人力资源和物质资源。

在这些国际犯罪分子的手里，在戈林、凯特尔和其他被告们的手里，巨大的人力变成了犯最严重罪行的工具。

因此，法西斯德国的密谋分子的性质有别于其他任何集团的性质，这种特殊的性质改变不了密谋的法律性质，反而给了它一种异常危险的特性……

（摘自《纽伦堡审判》第十九卷第512页以下和第645页以下）

1945年11月19日雅尔赖斯总辩护书的摘录

……在最近数十年里，世界舆论愈来愈激烈地拒绝超越善与恶来决定战争的性质。舆论界把战争区分为正义战争和非正义战争，并且要求国际联盟对进行非正义战争的国家追究责任，而当该国可能取得胜利时，则拒绝承认该国以暴力行为所取得的结果。诚然，不仅要求对负有罪责的国家进行判决，要求该国承担责任，而且要求惩处那些对发动非正义战争负有罪责的人，把他们送交国际法庭判刑。在这方面，现在有人甚至比中世纪初期最严厉的法律思想家走得更远……

目前的这场审判所以能够惩罚破坏和平的罪行，并不是依据现行的国际法，而是根据一种新的按照罪行制订的刑法所进行的审理。这种做法违反被全世界视之为神圣的司法原则；这种司法原则曾在希特勒德国受到了部分破坏，当时就遭到了德国国内外的强烈反对。这一司法原则就是：只有违犯了在犯罪当时就已经规定对之加以惩处的法律的人，才应受到惩罚……

凡是由于犯罪行为而受到起诉，而这些行为在犯罪的当时并未规定给予处罚，法庭就有必要加以限制，对此进行广泛周密的调查，然后确认究竟发生了些什么；在此同时，辩护方面将作为法庭的真正助手全力以赴地进行合作。在这种情况下，共同参加制订国际法的各个国家也就必然会确认上述经过公正协议的司法

原则，并在这种确认的约束下通过国际法庭的惩罚来威吓那些对未来进行非正义战争负有罪责的人……

（摘自《纽伦堡审判》第一卷第186页以下）

辩护律师雅尔赖斯对审判的法律问题进行总辩护的总结发言摘录

庭长先生！诸位法官先生！

……（第二次世界大战虽然有5000万被害者，但是没有一个抓得住凶手。）我在这里只涉及法律问题，而不涉及数月来对所听取证据的评价。我论述的只是现行的法律问题，而不是以道义的名义或人类进步的名义可能提出的或本该提出的法律问题……

哈利特·肖克罗斯先生关于战争是对国际法法规的重大背叛的观点，是第一次世界大战以后早就被人否定了的观点，人类在这条道路上是走不通的。对于国际联盟的成员来说，战争在总的方面仍然是解决争端的正常手段。

人们只想区别开在法律上被禁止的战争和在法律上不被禁止的战争，早自第一次世界大战以来，就为此作了种种努力。这些努力均宣告失败。在这种情况下，世界上多数国际法律学家也都确认，在现行的普通的国际法中，在被禁止的战争和不被禁止的战争之间并不存在区别。

我们确认：至少在1939年以前的许多年，在国际间的实际生活中，并不存在有关被禁止的战争的普遍有效的国际法法规。在身居领导地位的政治家和各国人民的意识中都不存在这种普遍的规章。而且恰恰相反，防御战争被允许作为每个国家不可剥夺的权利，没有这个权利就等于没有主权。每一个国家，不论它是否在个别情况下进行防御战争，它本身就是独一无二的法官。当时，世界上任何国家都不愿意接受外国法院对审讯的受理权，无

论该国在最后的生存问题上的决定是否合理。

不言而喻，国家的行为就是个人的行为。但是，国家的行为本来就是国家通过其机构的行为，而不是某一位米勒先生或施密特先生的个人行为。如果起诉书以某些个别人对战争与和平的决定而意欲在法律上对他们作出判决，那么起诉书产生的结果将造成国家的“个人化”，甚至在思想上造成国家的破灭。正如我们已经指出的那样，这样一份起诉书（我不准备对它在道义上的根据进行讨论）是与主权的性质不相容的，也是与大多数欧洲人的感情不相容的。（国际军事法庭条例）与现行的国际法之间存在着一条无法沟通的鸿沟。因为国际法并不直接适用于个人，个人只受其所在国法律的制约，即使所在国法律与国际法中的规定不相符合，而国际军事法庭却把审判从国际法的位置移到了国家法的位置上。

可能会有如下情况，即在某一个国家里，某些违犯了该国对国际法所承担的各项义务而准备战争、发动战争或进行战争的人将会受到惩处的威胁。不过，这是完全不符合实际的。因为战争的出路也决定着国家内部的清算。一个取得胜利的政府不会受到任何刑事法庭的威胁。但是在失败的情况下，失败正好提供了清算的标准。

无论如何，就各个被告在犯罪当时所服从的领地刑法而言，条例（即国际军事法庭条例）关于因破坏国际和平而规定予以惩处的条文都是新的。而所有法律（国际的和国内的）的一个基本原则是：“行为之前法无规定者不罚。”因而，追溯既往的刑罚是与所有文明国家的法律不相容的。

法律就法（lex）的意义而言，就是国家规定的一项准则，就是国家法。但是国际军事法庭却将此曲解为：“法律就法的意义而言，也可是一种牢固的道德准则，是一种良好的习惯准则。”在这种情况下，我们还有个问题：就像情况原来反映的那样，那

些被告（从前的部长、军事头目、经济操纵者和当局的高级领袖）在犯罪的时候是不是感到了这是一种违反职责的行为呢？他们会不会感到这种行为将按照事后规定的法律受到惩处呢？……

自从希特勒成为国家元首以后，实际情况就很快导致希特勒作为主管部门的法定的和无可争辩的统治者出现在等级森严的制度之前，也出现在全体人民之前。希特勒成了各种准则和各项命令的最高制订者，而且，由于希特勒独裁的结果，任何人都无权检验这些命令是否合理。独裁者在这种情况下搅乱了所有的人类秩序。虽然领袖的命令同国际法或其他人类伦理判断相抵触，但对被告们来说，则是具有约束力的，而且是具有法律上的约束力的。

如果如下两种论点都应该在这次审判所遵循的各种准则中被作为基础，那么在处理过程中也许就不会自相矛盾。这两种论点是：第一，德国曾是这样一个人的专政独裁的政体，并且正由于此而构成了世界性的危险。第二，任何担任公职的人员都有权、甚至有责任检验这个人的命令，并且可以各按检验的结果执行或不执行这个人的命令。

但是，所有担任公职的人员既不可能有权，也不可能有责任去检验这个独裁者的各项命令的合法性。对于他们来说，这些命令是根本无法违背的，除了一种（确切地说，当然也只是表面上的）将会在以后谈及的例外，也就是说，有如下特殊情况，根据对我们时代的无可争辩的判断，独裁者在此类情况下搅乱了所有的人类秩序，也就在此类情况下，不管问题合理与否，根本无法提出真正的问题，从而也完全谈不上真正的检验……

以是之故，不管条例对那些被作为免刑理由而置于一边的命令如何理解，领袖的命令能够这样看待吗？他的命令能够认为与条例的规章相适应吗？希特勒根据当时已在德国国内形成的秩序、根据已被国际联盟所明确承认或默认的秩序所发布的命令，

难道能够不予接受吗？许多德国人从一开始就不喜欢希特勒的权势，也有许多德国人起初曾经欢迎希特勒的权势，因为他们渴望明确而迅速的决断，然而希特勒的权势后来变得令人憎恶了。

可是这丝毫改变不了如下情况：那些根据上述秩序在等级森严的制度之中不管内心是否愿意履行其职务的人，如果他们由于执行或不执行领袖所命令的某一行动而获罪，他们难道不会感到这是对他们的不公正吗？

我们从而还对这次审判提出如下根本性的问题：在德国的国家制度里，什么算是希特勒的命令？为本法庭条例作为免刑理由而被置于一旁的那种命令究竟算不算是希特勒的命令？

我重复一遍：虽然领袖的命令同国际法或其他许多传统的判断相抵触，但对被告们来说，则是具有约束力的，而且是具有法律上的约束力的。

但是，究竟存在不存在一道界线呢？……

这个希特勒曾被赋予非常巨大的权力，他曾拥有无限的全权。如同在任何国家一样，这种全权也包含了严厉的命令。然而这种全权从来没有被认为是残暴不仁的。界线就在这里。但是这道界线在任何时候和在任何地方从来都没有被划得非常清楚……希特勒的命令毫无法律根据地超越了这道界线。而且不应忘记的是，这一界线不仅已经依照事物的性质渐次消失，而且在和平时期与战争时期，还存在着不同的划法，有着许许多多不同含义的重新评价，恰巧就是我们这个时代的各国人士在此类情况下都把他们自身的荣誉置于通常使人感到毛骨悚然的行为之中。为进行战争而作出的决定，尽管它的后果是多么可怕，但并不属于超越界线的范围……

我得出结论：由于破坏国际和平而对个别人进行定罪，这在法律上是全新的问题，是带有根本性变革的新问题。我们现在可以理解英国首席起诉人先生和法国首席起诉人先生所持立场的含

义所在了。

由于破坏国际和平而对个别人进行定罪，除了与当前提交给本法庭审理的罪行相适应的那些法规之外，是以另外一些法规为先决条件的。

我在这里所涉及的只是法律的责任问题。这个问题之所以被认为是极其困难的，因为在被告之中不可能有任何人具备诸位首席起诉人以之为出发点的两种法律方面的世界概念，即使连其中之一，也不可能具备……

（摘自《纽伦堡审判》第十七卷第 499 页以下）

第三章　战争罪及其审判权

——东京大审判

继纽伦堡审判之后的又一场审判二战战争罪犯的审判——东京审判是人类历史上迄今为止规模最大的一次国际审判。东京审判与纽伦堡审判一起，对于现代国际法（国际刑法）若干重要基本原则的确立，战后世界和平和新型国际秩序的建立产生了极其深远的影响。[①] 东京审判另外还具有纽伦堡审判所不具备的一些特点，比如它更多地受到国家利益、政治策略以及特定历史时期国际格局及其变化的影响；它带有更多的东西方文化冲突的痕迹；不同民族的文化观念上的分歧对国际司法的影响在东京审判中表现得更为明显；在司法程序上，东京审判的国际司法实践也向法学提出了若干新型课题，诸如不服国际法庭判决，如何获得法律救济问题等等；此外，作为20世纪国际刑法史上的另一经典，该案的法庭辩论自有其独特的理论和实务价值。因此，继纽伦堡审判评析之后，再来研讨东京审判，自有其特殊意义。

① 纽伦堡审判和东京审判不仅把国际刑法的发展推向高峰，其深远意义还表现在另外两个方面：一是促使联合国将注意力转移到建立一个常设国际刑事法院问题；二是促进有关国际罪行法典的编纂工作。参见高铭暄、王秀梅：《国际刑法的历史发展与基本问题研究》，http：//www．criminallaw．com．cn/foreland/paper 4．htm。

一、案情介绍：人类历史上迄今为止规模最大的一次国际审判

早在第二次世界大战进行之时，反法西斯盟国就多次声明要严惩战争罪犯，追究战犯责任。

1945年8月14日日本政府宣布无条件投降。1945年8月15日，中、美、英、法、苏、荷、加、澳、新9国经过数次外交谈判达成协议，决定将日本首要战犯交由9国代表组成的国际军事法庭审判（后来印度和菲律宾加入，国际军事法庭便由11个国家的代表组成）。

根据1943年12月1日开罗宣言、1945年7月26日波茨坦公告、1945年9月2日日本投降书以及同年的莫斯科会议的宗旨，为审判日本战犯，远东盟军最高统帅部于1946年1月19日颁布了《特别通告》和内容基本上与《欧洲国际军事法庭宪章》相同的《远东国际军事法庭宪章》（以下简称《宪章》）。《通告》宣布，犯有破坏和平罪者为甲级战犯；犯违反战争法规及惯例罪和违反人道罪者为乙级和丙级战犯。依据《宪章》规定，上述11个国家各派法官1人，组成远东国际军事法庭，并各派检察官1人，组成检察官委员会。同年4月，远东国际军事法庭正式设立。

东京审判的检察事务，是由国际检察局担任的。检察局由首席检察官和陪席检察官组成，首席检察官兼国际检察局局长，职责为对战犯的嫌疑事实进行调查、提起诉讼，美国著名律师基南被任命为首席检察官，另外十国各派陪席检察官一名，辅助首席检察官工作。国际检察局对包括原日本首相兼陆军大臣东条英机在内的28名甲级战犯提起了控诉，指控他们自1928年1月1日至1945年9月2日期间犯有破坏和平罪、战争罪和反人类罪，

并在起诉书中列明了他们的55项罪状。其中，有些是对全体被告提出的，有些是对部分被告提出的。

法庭于1946年4月29日正式接受了检察局的起诉，并依据法庭宪章确定了它的管辖权。宪章第3条规定：本法庭有权审判及惩罚被控以个人身份或团体成员身份犯有各种罪状包括破坏和平罪之远东战争罪犯。下列行为，或其中任何一项，均构成犯罪行为，本法庭有管辖之权，犯罪者个人应单独负其责任：(1)破坏和平罪：指策划、准备、发动或执行一种经宣战或不经宣战之侵略战争，或违反国际法、条约、协定或保证之战争，或参与上述任何罪行之共同计划或阴谋。(2)战争犯罪：指违反战争法规及战争惯例之犯罪行为。(3)反人类罪：指战争发生前或战争进行中对任何和平人口之杀害、灭种、奴役、借暴力强迫迁居以及其他不人道行为，或基于政治上或种族上之理由之虐害行为，此种虐害行为系于执行或共谋由本法庭管辖之任何罪状时施行的，至于是否违反犯罪所在地之国内法，则在所不问。凡参与规划或实行旨在完成上述罪行之共同计划或阴谋之领导者、组织者、教唆者与共谋者，对于任何人为实现此种计划而做出之一切行为，均应负责。

法庭根据宪章规定的管辖权，确定检察局所控诉的被告为本法庭的被告。审判于1946年5月3日在日本东京开庭。在审判期间，被告中前外务大臣松冈洋右和前海军大臣永野修身病死被“免予起诉”。“九·一八事变”当事人之一大川周明因精神病“中止审判”。结果只宣判了25名战犯。审判共开庭818次，出庭证人达419名，书面证人779名，受理证据在4300件以上，就1928年至1945年间日本军方对国家的支配和战争准备，日本对中国和苏联的侵略，发动太平洋战争，违反战争法规及惯例以及每个被告人刑事责任等进行了清算。

1948年4月16日法庭合议，11月4日宣判，判决书长达

1213 页。法庭根据上述被告的犯罪行为，按照宪章第 16 条规定（即本法庭对被告为有罪之判决者，有权处以死刑或处以本法庭认为适当之其他刑罚）于 1948 年 11 月 12 日宣布：25 名被告全部有罪。其中，东条英机等 7 名甲级战犯被判处绞刑。1948 年 11 月 12 日整个审判结束，历时达两年半之久。1948 年 12 月 23 日，上述 7 名甲级战犯在巢鸭监狱被执行了绞刑。①

东京审判使全世界人民，包括日本人民进一步了解了日本帝国主义从"九·一八事变"到太平洋战争期间的侵略真相和罪恶事实，是对日本法西斯分子的一次全面清算和重大打击。东京审判和纽伦堡审判在人类历史上开创了将战犯押上国际法庭接受法律严惩的先河。远东盟军最高统帅部的《特别通告》和纽伦堡国际军事法庭的判决书一样，肯定了一些原则，更加明确了反和平罪、战争罪、反人道罪和共谋上述罪行都是违反国际法的罪行，犯有上述罪行的人应承担个人责任。1946 年 12 月 11 日的联合国大会第 95（1）号决议确认了上述原则为国际法原则。这在国际法上开了先例，促进了战争法规的发展。不过，由于复杂的历史原因（特别是随后世界冷战格局的形成和发展），审判也有诸多不足：第一，由于美国当局的操纵和包庇，不仅在审判过程中开脱了不少日本战犯（一些本该受到审判的日本首要战犯并未成为被告，如一些在侵华战争中犯有血腥罪行的重要战犯），而且从 1950 年起，不顾有关国家抗议，陆续释放了贺尾兴宣、重光葵（1950 年 11 月获释后在日本政府供职）、荒木贞夫等首要战犯；第二，日本政府和垄断资本的责任被减轻；更为重要的是第三，日本天皇的责任根本未被追究。这一切为日本右翼势力否认

① 参见（苏）И·Н·斯米尔诺夫、E·B·扎伊采夫著，李执中、史其华、林淑华译，杨柏青校：《东京审判》，军事译文出版社 1987 年版；粟屋宪太郎著，里寅：《东京审判秘史》，世界知识出版社 1987 年版；余先予、何勤华：《东京审判始末》，浙江人民出版社 1986 年版等。

历史侵略罪行和妄想复活军国主义留下了隐患。

在本案中，控辩双方争议的焦点问题是：（1）法庭审判权问题。在开庭之初，辩护方面对远东国际军事法庭的审判权的合法性问题提出了质疑；检察方面对此作出了相应的回应。（2）有关行为的有无及其是否构成战争犯罪问题。被告方面对被指控的犯罪事实竭力予以否认；而检察方面则努力证明之。（3）战争的法律性质问题。检方指控并证明日本所进行的这场战争是一场蓄谋已久的侵略战争；而被告及其辩护人则声称，这完全是一场自卫战争。（4）“共同谋划”问题。检察局引进“共同谋划”概念，以便把存在共同计划问题和侵略问题同时进行控诉，并据此确定各被告的个人责任；而辩方则辩称，所谓“共同谋划”，是不可能存在的。分述如下。

二、法庭审判权合法性之争

起诉书对被告们提出55条诉因。对此，辩护律师则“根据”《波茨坦宣言》提出了三点反对意见：第一，东京法庭的审判权应限于战争开始后违反战争法规的战争罪行，起诉书所列举的所谓违反和平及人道罪，均不属于东京法庭的管辖范围，据此而否认东京法庭的审判管辖权。用辩护人清濑一郎的话说，就是“以为纽伦堡审判中起诉了对和平的犯罪、对人道的犯罪，就简单地类推，拿到远东审判中来，这是绝对错误的”。第二，要求将涉及“把并不包括在这场大东亚战争里的过去早就结束了的战争中战争犯罪”的诉因全部排除，因为远东国际军事法庭的审判权应限于战争开始后违反战争法规的战争罪行。第三，因为泰国不属于同盟国，因此，被告们对泰国犯下的战争罪行，不应当在本法庭审判。

检察方面反驳道，首先，这是一场彻头彻尾的侵略战争，使得 11 个盟国蒙受了巨大的资源和人口损失，有关责任者必须受到惩罚。其次，日本的投降是无条件的。以上辩由是辩护方面对《波茨坦宣言》的误解和曲解。

上述辩护方面就法庭审判权限问题发起的挑战，从表面上看，好像是针对起诉方的，但实质上是针对远东国际军事法庭的。因为起诉方反驳的依据是《远东国际军事法庭宪章》的有关规定。该《宪章》第五、六条写明：远东国际军事法庭“有权审判及惩罚被控以个人身份或团体成员身份犯有下述各种罪状之远东战争罪犯：1. 破坏和平罪……2. 战争犯罪……3. 违反人道罪……”这样，辩护方实际反对的就转化为对《远东国际军事法庭宪章》合法性以及《宪章》制定者权力合法性的质疑。一国内部法院的审判权限是由该国宪法和其他法律明确规定的。在国内的法庭辩论中，有关各方很少对立法者的立法权问题提出疑义。比较而言，在国际法庭中，由于国际法的相对不确定性和较差的权威性，对国际法乃至立法者的合法性进行质疑就时有发生。本案就是一例。在这种情况下，需要对其作出有说服力的回答。法庭依据《远东国际军事法庭宪章》和公认的国际法规范，对此作了详尽的解答。它指出：“法庭宪章，对本法庭是决定性的和必须遵守的‘法’。本法庭是最高统帅根据联合国所赋予他的权力而设立的特别法庭。它的管辖权来自法庭宪章。在这一审判中，除法庭宪章所规定者外，法官并无任何其他的管辖权。”法庭重申了纽伦堡国际军事法庭判决书的一些重要原则，即成立国际军事法庭、制订法庭宪章并据此审判战争罪犯，是国际法的表现和对国际法的贡献；侵略战争是犯罪；等等。据此，辩护方面的质疑被驳回，而且，法庭规定，该问题将不成为被告得以减刑的理由。

三、战争罪行不容抵赖

不留疑点地证明犯罪事实，这是检察官们的首要任务。但是，对东京审判的检察官们而言，完成这一任务却要比纽伦堡审判的同行们困难得多。因为，除了与纽伦堡审判相同或相类似的困难，如战犯人数众多，犯罪历史较长，案情复杂等等，检察官们还遇到另外一些意想不到的、来自主观和客观方面的障碍。这些障碍主要包括：其一，检察官们面对的是一群异常狡猾的东方战犯。为了掩盖犯罪事实，逃避惩罚，他们从战败一直到庭审结束，采取了一系列反侦查、反控诉的措施。其中，最让检方头痛的，莫过于他们对犯罪证据的销毁——那些凡能暴露日本帝国首脑们破坏和平、违反人道、践踏战争法规和惯例的滔天罪行的文件差不多都被销毁了。在这一点上，日本战犯与德国战犯有着很大的不同。德国人由于习惯于建立历史档案而且在投降时忘记了销毁文件，结果纳粹文件全部落入了盟国手中，所以在法庭审判时，人证物证一应俱全，罪犯们有口难辩，无法抵赖罪责。而到日本投降时，他们的首要行动就是销毁各种文件。美国占领军是天皇宣布投降两周后才进驻日本的。在此期间，与战争相关的绝密文件和秘密文件被焚毁殆尽。其二，文化隔阂和语言障碍。纽伦堡审判的控辩双方同属西方文化圈，文化差异不是太大，法律意识及语言沟通相对容易。而地处东方的日本（属大陆法系）与主要属于西方文化圈的同盟国（属英美法系）之间则存在较大的文化隔阂（包括法律文化隔阂）和语言障碍。它们具体表现为：在盟军最高统帅部对日本方面文件的接管过程中，日本当局不予积极配合；在检察局对战犯的嫌疑事实进行调查、提起诉讼的过程中，日本人较普遍地表现出对西方人的排斥（乃至战后许多

年，日本仍有相当一部分人拒绝承认日本当年的侵略行径)；在审问被告和有关人员，读解如山似海的书面证据时，语言（包括语义）沟通十分困难（检方律师虽然在法律方面经验丰富，但懂得日语的人却相当少，而且基本上都不是日本问题专家)；在庭审过程中，控辩双方对法律和一系列重大问题的理解上表现出较大的文化上的分歧等等。其二，被告及其辩护人（包括被告方证人）在庭审过程中对有关犯罪事实的隐瞒、遮掩和抵赖。为了洗刷罪名、逃脱惩罚，他们对检方指控的犯罪事实，或者编造谎言掩盖，或者干脆矢口否认。

这一切给检察局的调查和起诉工作造成了极大的麻烦。面对顽固狡猾的对手和复杂多变的案情，检察官们展开了极其艰苦的刑事侦查和犯罪证明工作。首先，检察官们通过各种途径，广泛收集被告们的犯罪证据。正如中国俗话所说的“实情宛如油，永远浮上头”，战犯再狡猾，终究无法抵赖或掩盖全部犯罪事实。其一，有不少非常重要的文件在那忙乱惶恐的日子里没有来得及或忘记销毁，最后落入了检察局的手中；其二，德国外交部大量相关文件被盟军转到检察局；第三，在战争之前和战争期间，由于同盟国谍报机关出色的工作，许多与战争有关的绝密文件的复本被公诉方掌握。另外，检察局通过各种方法获得的证人证言，为检方检控的胜利发挥了至关重要的作用（证人证言是很重要的证据形式，英美诉讼法对其尤为重视，要求证人必须亲自出庭，证人在法庭上的宣誓证言超过其他一切种类的证据)。其次，从正面控诉和证明被告们的战争罪行，揭穿被告方编造的各种谎言。如对于松井石根的抵赖和谎言，检察方以充分的证据向法庭证实，在南京大屠杀期间，在南京的西方人士曾通过新闻记者向世界舆论揭露过日军的暴行，并把种种暴行写成“备忘录”，通过外交途径向日军当局转交，并每天提出两次抗议。但以松井石根为首的日军当局，对“备忘录”从不理睬，依然任其部下肆虐

如故。可见松井石根对下属日军的暴行并非不知，而是故意放纵。庭审中，当向松井石根问及是否看到过"备忘录"时，松井答称：看到过。又问采取过什么制止行动？松井答称：出过一张整饬军纪的布告，贴在某寺庙门口。问：在浩大的南京城内，日军到处杀人如麻，你的一张布告会有效力吗？松井石根无言以对。继之又供称：我还派了宪兵维持秩序。问：派了多少宪兵？松井答：记不清，大约几十名。又问：好几万日军到处杀人放火，这样少的宪兵能起制止作用吗？松井深思后低声答：我想能够。于是法庭传一证人，证明当时全城只有宪兵17人，而且宪兵并非制止暴行，而是参加暴行，往往是暴行之后又遭宪兵的"再暴行"。在铁的事实证据面前，松井石根终于无言以对，被迫认罪。再如，辩护证人币原曾在法庭上提出所谓"南次郎想'制止'驻满洲的关东军'非法妄为'行动"的证言，但公诉方代表巧妙地利用了辩护方的文件即参谋副总长1931年9月20日发给"不顺从的"关东军的电报来驳斥币原。电文是："我怀疑，驻满洲的日本外交部门的某些官员发出的关于军队行动的没有根据的报告。我们要努力查清其缘由，并竭尽全力制止那类不爱国的行动。我认为，如果这类不爱国的行动还要继续下去，军队就应该宣布自己坚定的决心。"对于了解当年日本军方性格的人来说，这种电文只能意味一点：隐晦地劝告把反对"军事解决"的林总领事除掉。检方律师因而不无讥讽地说道，原来陆相南次郎及其领导的参谋部竟是想这样"制止"驻满洲的关东军的"非法妄为"行动！这样，币原所提供的证言实际上只是给自己昔日的同僚帮了倒忙。再次，破坏法庭对辩护方证人人格的信赖，从而使其证言自动失效。比如坂垣征四郎，也是中国方面特别注意的战犯，他自己也知道这一点，因此，以15名证人为前驱，他本人殿后，组成了浩浩荡荡的阵容来应付法庭和检察方面的诘问。但是，他一上场就挨了中国检察官的当头一棒。因为他所推出的第

一名证人是"九·一八"事变发生之夜在柳条沟指挥日军的岛本联队长。此人自称这天晚上因赴朋友之宴，酒醉而归，未得到柳条沟事件发生之报告……云云。中国检察官当即打断他的话说："岛本既然声称自己当晚喝醉了，那么，一个糊涂的酒鬼能证明什么？又怎能出庭作证人呢?"法庭采纳了检察官的意见，责令岛本退出法庭。复次，对辩护方"破坏己方证人人格"的策略采取反破坏策略。作为检方证人，田中发挥了重要的证明作用，但他也因此而成为众矢之的。日籍律师早志和美国律师沃伦，便是其中的主角。两个一唱一和，先是攻击田中本人为一军国主义者，应负战争责任。但检方以充分的证据证明此说根本站不住脚，因为田中1942年便告退役，他虽在"满洲事变"中出过力，但其时官职尚低，又非主谋，并不构成大罪。况且他早已觉醒，并已有改邪归正的表现。这段史实法庭均已备有详情，早志和沃伦首战只能告败。接下来，辩方律师指责田中所言失实，但两人提出的反证全都不堪一击，检方向法庭提供的官方文件使这类指责不攻自破。沃伦和早志只得又败下阵去。最后，用对方的证据（包括书面材料和证人证言）从反面证明己方的论点。比如坂垣任陆相时的次官山胁，在为坂垣作证时说了不少颂扬坂垣的话，如说他是怎样整饬军队，如何主张撤退在华日军以结束战争等等。倪征燠当即诘问他："你身为次官，所办之事想必都是陆相认可的了?"山胁说是。倪征燠接着提出："那么1939年2月，山胁以次官名义签发的《限制自支返日军人言论》的命令，也是按照坂垣的意旨承办的吧?"山胁回答是。倪征燠指出：这个文件中列举了回国日军对亲友谈话的内容，如"作战军队，经侦察后，无一不犯杀人、强盗或强奸罪"；"强奸后，或者给予金钱遣去，或者于事后杀之以灭口"；"我等有时将中国战俘排列成行，然后用机枪扫射之，以测验军火之效力"等等，均反映了日军在侵华战争中所犯罪行的实况。日军陆军省怕这些谈话在群众中广

泛传播，暴露其罪恶行径，才下达了《限制自支返日军人言论》的命令。这种举动的本身，不就说明坂垣等所犯罪行是确凿无疑的吗？这样一来，山胁的凭证不仅没能为坂垣开脱罪责，反而为我方提供了一个反证。①

此外，检方律师还巧妙地利用了被告相互揭发的证言。辩护方为了替被告开脱罪责，曾使用了一切可以使用的手段，包括结成"统一战线"来对付检察方所提出的各种证据。但是，当被告之间的利益发生冲突时，他们这种"统一战线"便瓦解了，被告人各有各的希望，各说各的谎言，各做各的辩护。每一辩护律师都力求拯救自己所辩护的被告，即使因之危害其他被告也在所不惜。检方律师巧妙地利用了这一点，极大地增加了对犯罪证明的效力。

法庭最终采信了检察方面对被告们的主要犯罪事实指控，判决书认定了其中的大多数罪行，恶贯满盈的日本战犯终于没能抵赖他们所"干过的一切"。

四、自卫还是侵略？

由日本人发动的这场战争，其法律性质为何？这一问题的结论非常重要，因为它将直接决定众被告对他们在战争中的行为应负什么样的法律责任。

被告及其辩护人声称，日本所进行的这场战争完全是出于自卫。关于1931年以来日本在满洲的犯罪，辩护人清濑一郎辩称，"1931年9月18日夜间的铁路爆炸事件是日本方面阴谋策划"

① 参见（苏）Н·Н·斯米尔诺夫、Е·Б·扎伊采夫著，李执中、史其华、林淑华译，杨柏青校：《东京审判》，军事译文出版社1987年版；余先予、何勤华：《东京审判始末》，浙江人民出版社1986年版等。

的指控不能成立，因为日本“并不希望扩大事态，而希望尽快解决，但事件和希望的相反，扩大开来了。”关于卢沟桥事件，清濑一郎说：“事件的发生，责任不在我方。如果这一事件像当时日本方面希望的那样就地解决的话，事态也不会这样扩大，因而也不致于产生是否有侵略战争的问题”，事态扩大的“责任在中国”。关于日苏关系，辩方提出“不应纳入法庭的管辖范围”。他们认为，“1931 年日本增强在满洲的兵力，这些兵力完全是防御性的”，而且，实际违反了日苏条约的，是苏联而不是日本。关于太平洋战争，辩护方声称那是不得已而进行的自卫。因为“美国对我国施加了种种压迫和威胁”，日本为了和平作了种种努力，“终于没有结果。接到 1941 年 11 月 26 日美国的通告，日本政府最后不得不行使自卫权利，这就是 12 月 1 日的到来。”对于不宣而战的指控，清濑一郎辩解说，日本在战前已经通告了美国，“通告的最后部分说：‘帝国政府终于丧失了调整日美外交关系和同美国政府共同建立并维持太平洋和平的希望，帝国政府鉴于合众国政府的态度，不得不认为今后即使继续谈判也达不到圆满的结果。特此通告合众国政府并表示遗憾’”，辩护人认为“这和断绝外交关系的通告有同等效力。再从当时存在的紧张形势来看，这无疑表明了日本开战的意念”，即“这意味着战争”。何况，美国通过在珍珠港建造自己的防御工事，向中国运送战争物资和要求日本人撤出满洲里等行动表明其已经是侵略者，所以，在 1941 年 12 月之前，日本所有的军事和经济发展都是防御性的，日本发动太平洋战争的目的也是为了自我防御。至于美国总统电报迟延交付日本天皇的事件，那纯属偶然，云云。

为了有效地驳斥被告方所谓“自卫”的狡辩，检方律师花费了大量时间和精力。他们通过各种渠道搜集证据（包括见证人的证言和书证），重现历史事实，揭露辩护方的谎言，从而有力地支持了检察方对战争犯罪的指控。

检察官首先从分析日本人的侵略意图入手，以详实的事实和证据向法庭证明，日本的真正目的是为了将战争演变成“反对盎格鲁撒克逊统治权的斗争”，消灭“不完备的生命”，最后将世界划分成东亚、苏联、欧洲和美洲大陆四个势力范围，其中，大和民族将成为东亚的主宰。为实现以上军事目标，对付向南发展必然要遭遇的美国和向北发展必然要交锋的俄国，日本由军队操纵的统治集团进行了精心的策划和准备。其中，日本订立《三国条约》，加入三国同盟，就是这种侵略意图的具体贯彻。

然后，检方律师分别就日本对中国、美国以及前苏联的作战部署和军事行动，用归纳法证明：所有方面的事实归纳出的结论只能是一个，那就是，日本对这些国家实施了蓄谋已久的侵略。关于日本对中国的侵犯，基南在终讼辞中总结道，我们同意，根据国际法每一国家都保有自卫权利，正如根据国内法每一公民都享有自卫权利一样。但是这里我们认为，事实已经清楚地证明，日本对中国的侵略及其经济剥削和无数的兽行——这一切都是罪恶滔天的侵略行为。当被告东乡在法庭上大谈“中国事变”和“自卫战争”之时，首席公诉人基南无情地驳斥道：“如果战争是在中国的正中心进行，那还有什么自卫可言？”至于对苏部署，检察方面用通过多种途径获得的、详实的证据材料证实：日本采取了许多蓄谋侵略苏联的行动。这种蓄谋已久的犯罪准备只不过是因为不依被告人主观意志为转移的原因而未能转化为侵略战争。如苏联方面提供的苏军参谋部的文件显示：“筑垒地域的布局和性质显然是进攻性的，因为其纵深很小，而且都修筑在靠近苏联的边界的作战方向上，这些方向均指向苏联境内的重要作战目标”[①] ——作战计划可以烧毁，但苏军 1945 年 8 月胜利进军中所夺取的筑垒地域、机场、战略性铁路、军营却无法从地面上

① （苏）Л·Н·斯米尔诺夫、Е·В·扎伊采夫著，李执中、史其华、林淑华译，杨柏青校：《东京审判》，军事译文出版社 1987 年版。

抹掉。检方还向法庭证明，这些被告再也辩护不了他们从 1941 年 12 月 8 日在太平洋开始进犯西方国家的战斗行动中所有的行为。其中，所谓“美国总统电报迟延交付日本天皇的事件，纯属偶然”的辩护说词完全是谎言——被询问过的日本通信省的官员和提交给军事法庭的该省的文件证实，那一天，遵照日本参谋部的指示所有从美国大使馆交来的和发给他的电报都要扣压一段时间。这样罗斯福的亲致电才在电报局里被搁置了 9 个小时。十分明显，日本是在实现一场早已精心策划和周密准备的侵略，它违背了国际法的最重要法规之一——要事先向对其发起军事行动的国家宣布战争或发出最后通牒。

检方律师最后从国际法有关侵略战争的概念及其历史演变论证了日本发动这场战争的侵略性质。检方律师指出，战争和非战争的武装冲突在国际法的不同发展阶段的地位是不同的。传统国际法承认战争是国家推行政策的工具，是解决国际争端的合法手段。“诉诸战争权”是主权国家的合法权利。但随着国际法的发展变化，国家的“诉诸战争权”逐渐受到了限制，并且现代国际法确立了禁止侵略战争和非法使用武力的原则，并承认合法战争和合法使用武力的权利。国际法发展到 19 世纪末期之后有了很大的进步，其重要标志之一就是对国家“诉诸战争权”的限制。1899 年、1907 年两个海牙和平解决国际争端公约都规定：各缔约国应尽量用和平方法解决争端。本世纪 20 年代末之后，国际上签订了一系列重要文件，宣布废弃战争作为实现国家政策的工具，这当然是指废弃侵略战争。宣布废弃战争的第一个重要文件是 1928 年签订的《关于废弃战争作为国家政策工具的一般条约》（简称巴黎非战公约），该公约序言宣称：“相信断然地废弃战争作为实行国家政策工具的时机已经到来。”第一条称：“缔约各方以它们各国人民的名义郑重声明，它们斥责用战争来解决国际纠纷，并在它们的相互关系上废弃战争作为实行国家政策的工具。”

第二条称："缔约各方同意，他们之间可能发生的一切争端或冲突，不论其性质或起因如何，只能用和平的方法加以处理或解决。"公约的上述声明不仅宣布把战争作为推行国家政策的工具为非法，而且宣布侵略战争是非法的、犯罪的。

至此，辩护方面借"自卫"精心构筑的辩护防线，被全线攻破。

五、"共同谋划"成立吗?

控诉书的第二项控诉各被告犯了破坏和平罪的特定罪行，即对许多其他国家策划、准备、发动和进行侵略战争的罪行。起诉书同时指控各被告参与了破坏和平的密谋或共同计划。检方认为，把存在共同计划的问题和侵略战争的问题同时进行审理，然后在判决书的后半部处理各被告的个人责任问题，是必要的。

辩方辩称，所谓"共同谋划"，是不可能的。因为在1928—1941年期间，日本共有15任政府内阁辞职，日本也无类似纳粹组织那样的政党存在。"被告们对指控他们为征服世界，统治东亚、太平洋、印度洋及相邻地区而进行共同阴谋和策划之说进行了反驳。本来被告们年龄不同，境遇不一，有的是陆海军人，有的是官吏，有的是外交家、著述家，他们没有为特殊目的而集体聚会的机会，他们也没有就这些事情以团体方式交流思想的机会，认为被告通过这些方式在长期计划下发动了满洲事变、日华事变和大东亚战争三大事件的看法是错误的。这些事件都是各自有不同的具体发生原因的不同事件。一个事件里的人跟别的事件里的人并不一样，连前任把计划移交后任，后任继承下来的事实都没有。"所以，"共同谋划"怎么会存在呢?

对此，检察方再次强调了《远东国际军事法庭宪章》第五、

六条有关共谋罪的界定，即破坏和平罪系指“策划、准备、发动或执行一种经宣战或不经宣战之侵略战争，或违反国际法、条约、协定或保证之战争，或参与上述任何罪行之共同计划或阴谋”。此外，凡参与策划或实行旨在完成破坏和平罪、战争犯罪或违反人道罪之共同计划或阴谋之领导者、组织者、教唆者与共谋者，对于任何人为实现此种计划而做出之一行为，均应负责。被告所处职位以及被告是遵从其政府或长官命令而行动的事实，都不能使被告免除责任。检方律师向法庭证明，从满洲事变前后到战败为止，除松井石根、重光葵之外的其余被告都不同程度地参与了为控制东亚及太平洋地区的阴谋。

检方进一步指出，被告们在提出为“拯救民族”而进行自卫的论点之后，硬说有关这种战争的思想是在 1941 年 7 月 26 日美、英、荷三国开始冻结日本在那里的资产时才第一次产生。而作出关于开战的那项不能改变的决定只是作为对赫尔照会的答复。但公诉人手中有一份早在 1937 年由日本陆军省制定的叫做基本国策的文件却对此提出了有力的反证。这份文件的制作离冻结日本在国外的资产和著名的赫尔照会隔有 4 年之久。而这项国策所追求的目标已经是：作好日本对太平洋战争的充分准备。多么令人难堪的巧合，国策中的那项准备工作恰恰应当在 1941 年年底前完成。这些罪证给基南提供了充分的根据，使他得以在他的结论性发言中宣布，日本人发动的这场战争“是一场经过精心策划和周密准备的战争，它不仅在实质上，而且在时间上准确地按计划实现了”①。

被告人木户幸一（在第二次世界大战时任日本内相）的日记也帮了公诉方一定的忙。那本日记包括的时间从 20 年代末直到日本投降，日记写道：“成立了满蒙问题调查团，负责人是桥本

① （苏）Л·Н·斯米尔诺夫、Е·В·扎伊采夫著，李执中、史其华、林淑华译，杨柏青校：《东京审判》，军事译文出版社 1987 年版。

大佐和重腾大佐。军队首脑不妨碍该组织，因为桥本他们自己正在谋划这类阴谋活动。"① 而且不仅仅是军队首脑酝酿进一步扩张的计划这一点可以从该日记1931年9月10日的记载中得到证实："同田荷（亚洲司司长）和近卫公爵一起吃早饭。田荷讲了中国的形式并谈了自己的看法，其内容是：根据事态的判断将来难免要有自卫行动。我完全同意他的看法。"② 战犯们的共同谋划行动昭然若揭。

检方还从法律概念上对被告们的"共同谋划"性质进行了论证。检方指认，共同谋划（Conspiracy）这个法律概念一般被解释为"两个以上的人同意采取违法行为或用违法的方法采取本身是合法的行为"。这种"同意"本身就被视为犯罪，该罪的认定不以外部行为为要件。在此，检方律师利用了前苏联首席起诉人鲁登科在纽伦堡审判的开庭致辞和总结发言中对密谋概念所作的精辟分析。鲁登科分析说，"策划的罪行愈是错综复杂"和危险，各同案犯之间相互牵连的线索也就愈加错综复杂和难以发现，特别是，在密谋分子攫取了国家机器、实施着最为严重的国际犯罪的情况下，这些同案犯之间联结的线索和疑念纠缠得更加错综复杂。这一切"未能掩盖如下这一根本的和决定性的事实，即在这一完整体系的中心存在一个密谋集团，这个集团推动了由其所建立的整个机构的运转"。确实，对于个别被告而言，在这样一个分支机构分布极广且人员众多的集团里，他无法尽知由总的密谋计划规定的被别的共犯分子实施的犯罪行为。但是，这种"不知情"不能成为洗脱罪名和推卸责任的理由。另外，被告之间在某些特定问题上的意见分歧并不排除密谋的存在。基于以上理由，

① （苏）Л·H·斯米尔诺夫、E·B·扎伊采夫著，李执中、史其华、林淑华译，杨柏青校：《东京审判》，军事译文出版社1987年版。

② （苏）Л·H·斯米尔诺夫、E·B·扎伊采夫著，李执中、史其华、林淑华译，杨柏青校：《东京审判》，军事译文出版社1987年版。

以等级制下被告处于较低职位以及被告是遵从其政府或长官命令而行动为的辩护理由也不能予以承认。这种手握国家机器的法西斯密谋确乎异常，不严惩不足以警戒未来潜在的战争狂人。

“共同谋划”是英美法上的一个独特概念。将这一概念引人战犯审判的好处是：依据这一概念规定，只要介人了整个犯罪计划，便可以认为犯罪成立。这样，这些战犯虽然没有直接参与个别的军事行动或暴行，但是，他们是发动战争的决策人，在整个战争的计划和执行中扮演着主角。对于追究这些人的责任，它是极为有效的法律武器。即便有些人不是主要决策人，但只要他们介人了整个战争计划的一部分，同样可以据此追究刑事责任。

不过，“共同谋划”不是一个没有争议的法律概念。将这一概念引人战犯审判并获得相当成功是有其特定条件的。但这不代表这一概念可以普适性地在所有法域无条件地适用。

判决书认定，这一共同计划和阴谋是存在的，而且不是一个人搞的，是为了要达到共同目的而按照共同计划从事行动的许多首领一起搞的。这个共同目的，即准备和实行侵略战争来确保日本的统治地位，是一种犯罪的目的。虽然并不是每个被告都自始至终参加了这一犯罪过程，但是只要在某一时期参加犯罪阴谋或明知犯罪而予以实施之人，对起诉书第一项罪状中所包含的起诉事实而言都是有罪的。这场战争只是在它作为预定计划中的一个特定部分得以实现的恰当时机来到之后才开始的。因为日本政府的侵略计划并非是当时世界政治局势所导致的偶然事件，都是经过深思熟虑和周密准备的，这些计划是日本对外政策预谋的、重要的组成部分。

法庭根据上述被告的犯罪行为，按照宪章第16条规定宣布：25名被告全部有罪。其中东条英机及原陆军大将土肥原贤二，原中国派遣军总参谋长、陆军大臣板垣征四郎，原上海派遣军司令官、南京大屠杀事件的罪魁祸首松井石根，原陆军大将、缅甸

派遣军司令官木村兵太郎，原陆军中将武藤章，原首相、外相广田弘毅等7名甲级战犯被判处绞刑；荒木贞夫、小矶国昭等16人被判处无期徒刑；原外相东乡茂德等2人被判处有期徒刑20年，重光葵被判处7年有期徒刑。因为他们在日本是军政要员，在政治上或军事上居于领导地位，对日本国内起着支配，对外从事侵略起着重要作用，他们或参加了阴谋主张实行侵略战争或实行了这种战争，企图使日本对东亚、太平洋、印度洋及其附近各国取得支配地位。为此他们参与侵华战争，参与对美国实行侵略战争，或对英联邦各国（包括英国、澳洲、加拿大、新西兰）及其他英联邦领土和属地实行侵略，或对荷兰或对法国或对苏联实行侵略或对蒙古侵略。他们当中一些人命令、授权及准许他们的各战场的司令官、陆军省官员、战区或占领区内战俘及平民集中营管理人员、日本军事和民事警察，以及他们的下属，对同盟国部队、战俘及平民做出违反国际条约与国际法规定的各种暴行，或对俘虏及平民做出藐视国际条约及战争法规的规定，不采取他们职务上应采取的措施，以确保这些条约和法规之被遵守。

六、对本案涉及的若干深层次法哲学问题的几点反思

（一）实体正义：日本天皇没有被刑事追究意味着什么？

与《欧洲国际军事法庭宪章》明确规定“被告之官职上地位，无论系国家元首或政府各部门负责官吏，均不得为免除责任获减轻刑罚之理由”不同，《远东国际军事法庭宪章》回避了国家元首的责任问题，只写道：“被告无论何时期内之官职上地位”，均不能免除罪责。十分明显，“国家元首”被删除了。于是，日本国家元首、三军最高统帅裕仁天皇也就从“名正言顺”

的被告名单上消失了。

为什么会这样？有关史料显示：本案首席公诉人基南在1945年12月6日远东国际军事法庭美国小组离美赴东京之前，曾明确对美国报界表示，他认为裕仁天皇显然应该受到审判。上了飞机之后，基南收到杜鲁门总统的一封信。信中指示基南不得对裕仁和任何皇室成员起诉。总统采纳了驻日盟军最高统帅麦克阿瑟[①] 的意见而作此决定。麦克阿瑟认为，从美国的利益和占领日本的政治需要出发，不应以战争罪起诉天皇及其皇室成员[②]。

从法律的角度来看，按照基本的国际法原则，裕仁天皇是战时日本的国家元首，因此应该由他来代表国家，日本所发生的一切国际性问题，天皇都有义务代表国家享有权利，承受义务，担当责任。天皇不接受审判，转换成法律语言就是：作为一个主权国家，日本法定的承担国际法义务以及国际法战争责任的代表人没有得到刑事追究。这样，日本是否侵略了他国这个问题就没能在法律上获得根本的清理。这在法学上是说不过去的。难怪东京法庭首席法官韦伯要向报界发表个人疑虑："天皇在开战问题上起了巨大作用，但他却被免予起诉……"法国审判代表亨利·贝尔纳更是一针见血："不可否认，（战争）宣言的一个主要祸首逃避了一切诉讼，不管怎么说，出席的被告只能被视为同谋犯。"

就社会效果而言，由于日本人对天皇的情感特殊，不将天皇列入被告，确实在一定程度上利于日本人战后情绪的稳定。不过，这样做结下的社会恶果也是十分明显的：在一个国家是否犯

① 有关麦克阿瑟在远东国际军事法庭中的地位和作用，美国最高法院大法官史密斯的下面这一段话很值得玩味："远东国际军事法庭不是真正的国际法庭，那是麦克阿瑟将军个人的法庭。将军自称代表国际，但并不能割断他同美国政府首脑人物的联系。远东法庭，是麦克阿瑟按美国政府旨意办事的个人审议机关，谁死谁活，一切判决直接由他批准。"

② 麦克阿瑟在进驻东京之后不久即与裕仁进行了会谈，会谈的具体内容无从得知，但其后麦克阿瑟即向美国总体提出了上述建议。

有罪行的问题上，法律丧失了其最后的底线，因此也就亵渎了社会正义。具体而言，裕仁天皇没有被审判导致日本不可能彻底对待自己的战争罪行，日本人在此后一直存有翻案企图不能说与此无关。这也是这一次"世纪性审判"所留下的最大隐患：日本这个原本就没有忏悔精神的民族平添了侥幸的妄想。后来的历史发展证明了这种担忧不是杞人忧天，比如日本当局正准备将二战时期亚洲各国人民闻之色变、避之则吉的"日之丸"和"君之代"正式确定为日本的国旗和国歌；比如在东京都的靖国神社，至今还供奉着东条英机等法西斯头目的灵位，他们罪恶的亡魂每年都要接受为数甚众的日本人示威般的拜祭，其中还不乏包括内阁总理大臣在内的当今权贵；比如大多数日本人根本不承认南京大屠杀，而他们中的一部分一直试图将他们的先人对中国欠下的这笔血债完全抹杀；比如石原慎太郎居然堂而皇之地当选为东京都知事，而这名极右翼政客刚一上任便公开叫嚣要将台湾从中国分裂出去，并对要求日本为战争罪行道歉的中国国家主席进行肆无忌惮的恶毒攻击……

国际政治从来不讲有理无理，只讲有利无利。欧洲是美国精神上的家园，而亚洲则是美国急于控制的新的势力范围，因而美国对欧洲的德国纳粹进行了毫不留情的打击以确保后院的安宁，对亚洲的日本法西斯则是暗送秋波又打又拉以换取其对自身战略利益的死心塌地的支持，而诸如维持天皇名义上的国家元首地位等做法，无疑大大加快了日本人投怀送抱的进程。

美国人以一次不太合乎情理的审判赢得了一个对自己有利的日本，日本从此惟美国马首是瞻，成为美利坚合众国游弋于东亚的一条不沉的航空母舰：首先是在朝鲜战争中，日本成为美军的大后方，在接踵而至的与苏联的冷战中，日本又充当了桥头堡的角色，然后是美日防卫指针修正案，再然后是俗称 TMD 的战区导弹防御计划（TMD 恰好是汉语拼音中"他妈的"的缩写，这

真是个“他妈的”的计划[①])。

在美国的态度暧昧的纵容下，日本正一步步地背离它在二战结束后所制定的和平宪法，其军费开支已经跃居全球第二位，其舰队已经形成仅次于美国的海上战斗力，其所谓的自卫队正在尝试走出国门。根据《简氏防卫周刊》的估计，日本贮存了全世界最多的用于制造原子弹的钚，只要有必要，在一个星期内就可以生产出足够的原子弹。与此同时，日本军方正试图寻求通过一项能够支持其对可能存在的威胁进行先发制人的打击的法案，配合着军方冒险企图的是在日本甚嚣尘上的“中国威胁论”。事实上，无论是修正后的美日防卫指针，还是正在紧锣密鼓地酝酿中的TMD，其矛头指向的都毫无例外的是中华民族。

上述这一切清楚地表明：东京审判未对日本天皇及其皇室成员进行刑事追究，乃本次审判之最大败笔，也是国际刑法史上的重大失误。

（二）程序正义：美国最高法院如何可以接受不服国际军事法庭判决的上诉？

出于诉讼策略[②]考虑，土肥原、广田、木户、佐藤、岛田、东乡等人接受辩护律师们的建议，向美国最高法院提出了上诉。

1948年12月6日，美国最高法院决定接受上诉，并定于12月16日着手分析案情。

这样，一个怪异的诉讼格局就出现了：一个主权国家的最高

---

① 参见东京审判，http：//content．cleverschool．com/index/20sjmy/0503/4．htm等。

② 主要是为了推迟刑罚（特别是死刑）执行的时间，希望以时间赢机会——当时的国际关系和局势相当微妙，不少日本战犯及其辩护人将赌注押在这种格局的“翻盘”上。事实上，多数人在庭审时即盘算着至少把一部分实情沉入冗长的语言沼泽中，尽可能拖长审判时间。无论是被告人还是辩护人，都尽力想拖延审判时间给查明事实真相工作造成困难。就像纽伦堡法庭的情况一样，他们只望时间起救命作用，即指望“冷战”，他们盘算“冷战”在每一小时都可能发展成“热战”，因此，在将近一年的时间（从1947年2月24日至1948年1月12日），辩护人一直没有停止提交自己的“证据”。

法院接受一个不服国际法庭判决的上诉。最讲程序正义的美国人，却在国际社会这样公然地破坏程序正义，这难免不使人对其宣称的“社会正义”心生疑虑——结合麦克阿瑟和杜鲁门总统“从美国的利益和占领日本的政治需要出发，不应以战争罪起诉天皇”等理念，人们不难发现，一旦美国的国家利益需要，国际社会的正义不是不可以“交换”的。这对希望通过“良法”建立国际社会“良序”的人们，无疑是一种沉重打击。难怪消息传出，世界舆论大哗。中国法官梅汝敖指出：“如果代表11国的国际法庭所作的决定要由某一国的法庭来重新审理，不管他是多么高级的法院，都当然会使人担心，任何国际决定和行为都要同样受到一个国家的重审和改变。”荷兰法官罗休则批评道，美国最高法院的决定是“令人震惊的错误”。一位检察官指责麦克阿瑟说：“他已超越自己的权限，不会区分远东军司令和盟军司令两种职责的差别。”

在世界舆论的压力下，美国司法部副部长致函美国最高法院，指出它无权干涉东京法庭的判决。美国最高法院于12月16日决定延缓对“上诉书”的审理，最后于12月20日以6票对1票作出拒绝受理的决定。

国际军事法庭的司法实践向国际法学提出了诸多新课题，诸如国际法庭（或国际法院）之权力从何而来？国际法的本质是什么？不服国际法庭（或国际法院）的判决，当事人是否可以上诉？如果可以，向谁上诉？等等。这些课题有待进一步研究。

（三）国际法的理念：来自不同民族国家的司法者如何形成国际法的“普遍意志”？

为什么要实施刑罚？大约有三说：有谓刑罚报应论（又叫“法律报复论”）；有谓刑罚预防论（又分为个别预防论和一般预

防论)；有谓刑罚一体论。[1] 依照通说，黑格尔被列入“法律报复论”阵营。黑格尔认为，“犯罪的扬弃首先是复仇”，[2] 但是，“复仇由于它是特殊意志的肯定行为，所以是一种新的侵害。作为这种矛盾，它陷入无限进程，时代相传以致无穷”，“要求解决在这里扬弃不法和合法中所存在的这种矛盾”，“就是要求从主观利益和主观形态下、以及从威力的偶然性下解放出来的正义，这就是说，不是要求复仇的而是刑罚的正义。”申言之，复仇实现的是“自为地存在的单个的意志”，刑罚实现的则是“自在地存在的普遍的意志”[3]。

就国内刑法而言，刑罚确如黑格尔所说，实现了（或部分地实现了）“自在地存在的普遍的意志”——不论这种普遍意志是法律报复、犯罪预防抑或是两者之“合”。国际刑法的刑罚是不是也是对民族国家（或地区、国际组织）的单个意志的不法复仇的“扬弃”？是否也是为了实现“自在地存在的普遍的意志”？如果是，那么，应该由谁来代表这种普遍意志呢？

以本案为例，除了在国家利益上的分歧之外，另外一个对本案判决发生重要影响的要素就是各国司法者之间在文化观念（包括法理念）上的深刻分歧。比如，一个饱受“君子报仇，十年不晚”文化熏陶、带着民族深仇大恨并立志为中国人民讨回公道（国际法上的“报复”）的中国法官与一个深受佛教文化影响、主张慈悲为怀、将灭心魔（产生邪恶的“种子”）看得比灭肉体更重要的印度法官，在是否应当判处被告死刑问题上，显然存在根本性分歧，而且有时几乎无法沟通。这样，由 11 国法官组成的

① 由刑罚报应论和刑罚预防论组合或综合而成的刑罚一体论又表现为诸多形态。

② 〔德〕黑格尔著，范扬、张企泰译：《法哲学原理》，商务印书馆 1961 年版，第 107 页。

③ 〔德〕黑格尔著，范扬、张企泰译：《法哲学原理》，商务印书馆 1961 年版，第 108 页。

国际军事法庭，又如何形成代表国际社会共同利益的普遍意志呢？由国际社会“老大”决定判决固然不能代表这种普遍意志，而采用法庭投票表决方式[①]形成的意志是否就等于这种普遍意志呢？这种表决，到底是国际法“普遍意志”在“说话”，还是多数者的意志在“说话”？人们不无疑虑。

七、案例资料选编：清濑一郎在远东国际法庭为日本战犯所作的辩护辞等

检察官（英美法系又称检方律师）简介

东京审判中的检察事务，是由国际检察局担任的。该检察局和远东国际军事法庭一样，都是盟军总部所辖的机构之一。根据《远东国际军事法庭宪章》的规定，检察官分为首席检察官和陪席检察官，首席检察官兼国际检察局局长，职责为对战犯的嫌疑事实进行调查、提起诉讼，美国著名律师基南被任命为首席检察官。此外，由日本投降书签字国的另外8国（中、英、苏、澳、加、法、荷、新）和另行增加的印、菲10国各派陪席检察官一名，辅助首席检察官工作。各陪席检察官的席位依次如下：

中国：向哲浚，系中国上海第一特区地方高等法院首席检察官。

---

① 在本案法庭审判的最后讨论过程中，法官们在对东条英机等战犯是否应该判处绞刑的问题上发生了较大分歧。庭长韦伯（澳大利亚人）主张流放；美国法官主张只将发动太平洋战争和虐待美军战俘的战犯判处死刑；中国法官要求严惩土肥原贤二和松井石根；印度法官建议主张以慈悲为怀。这急坏了负有庄严使命的中国法官梅汝敖，他“费尽了口舌，急白了头发”，他与各国法官们进行了多次磋商，终于使得一部分法官同意了他的观点。最后投票表决时6票对5票，仅以一票微弱优势，将东条英机、土肥原贤二、坂垣征四郎、松井石根等7名首犯送上了绞刑架。

英国：卡尔（Carr），系英国前自由党国会议员、律师、地方税务问题专家（他同时兼国际军事法庭代理首席检察官）。

苏联：哥伦斯基（Goronsky），系苏联科学院通讯院士（自1946年11月起，苏联检察官一职由苏联三级国家司法顾问瓦西里也夫接任）。

澳大利亚：孟斯菲尔德（Mansfield），系澳大利亚昆士兰州最高法院法官。

加拿大：诺兰（Nolan），系加拿大陆军准将、军法次官（军事审判机关的副长官）。

法国：奥内多（Onetor），系法国塞茵和玛伦陪审区法院的首席检察官。

荷兰：穆尔德（Mulder），系海牙特别法庭法官。

新西兰：奎廉（Quliam），系新西兰最高法院检察官。

印度：梅农（Menon）。

菲律宾：罗培茨（Lopez），系菲律宾国会议员。

中国检察官向哲浚，曾在清华大学就读。1917年毕业后，赴美国耶鲁大学攻读文学和法学，获文学和法学两个学士学位。随后，入华盛顿大学攻读法学。1925年回国后担任北京大学法学教授。以后，又先后担任司法部和外交部秘书，苏州地方法院院长等职。1941年以后任上海第一特区地方高等法院首席检察官。因此，向检察官不仅精通英文，对国际法颇有研究，而且具有丰富的司法实践经验，在远东国际检察局的工作中起了很大作用。

首席公诉人基南对清濑一郎辩护的反驳

占世界人口半数甚至2/3的11国，由于过去的侵略战争蒙受了巨大的资源损失，我们盟国难道不能对这些野蛮行径和掠夺行径的责任者进行惩罚吗？而且，这11国是以武力结束这场侵略战争的，他们怎能对这场侵略战争的责任者什么也不做就这么

放过去呢？

日本的投降是无条件的。1919 年凡尔赛条约的缔约国，包括日本在内，决定以审判罪犯的名义对德意志皇帝威廉二世进行公审。48 国代表签署的关于和平解决国际纠纷的日内瓦公约，规定侵略战争构成国际犯罪，这一公约后来在 1927 年国联第 8 次大会上又作为决议获得全体一致通过。日本是这两个公约的缔约国。1928 年第六届泛美会议规定侵略战争构成对人类的国际犯罪。

有疑问的话，读读《波茨坦宣言》，疑问就会消失。

首席公诉人基南对被告东乡进行质证

基南： 东乡先生，请您向法庭报告一下 1941 年 12 月 8 日您向东条首相谈话的内容。

东乡： 我拜会了东条，详细地向他述说了总统亲致电的内容。由于译本已经到手，我就根据这份译本进行传达。

此后，东条问我，美国不准备作更大的让步吗？我回答，在这份亲致电中不包含有任何更多的让步。东条对此声称："在这种情况下，什么也不能办……"

基南： 我再提醒您一下，这是一封一位最有名望的世界事务活动家给另一位当时同样是世界大人物的重要亲致电。您同意吗？

东乡： 是的，是这样。

基南： 您给东条首相读了整个文件的译文？

东乡： 好像是，我差不多读了全文。

基南： 您为什么没有给他读全文？

东乡： 当时，我想尽可能在最短时间内向天皇陛下报告这件事。亲致电包括一系列历史事实和总统对两国关系的个人意见。所以我认为没有必要陈述全文，以便东条对这份文件有个正确的概念。

基南：您在同天皇商讨这个问题时，也像您同东条谈话时那样，简略地陈述了一下亲致电的内容？

东乡：我向天皇陛下叙述了文件的全部内容……

基南：您一个字一个字地向天皇读了总统的这份亲致电？

东乡：我记不得，我是不是确实一个字一个字地向天皇陛下读了亲致电。

基南：什么样的亲致电？

东乡：我说的是，美国总统给天皇陛下的亲致电的全文……

基南：请说一说，木户对您谈了些什么观点？

东乡：他的观点十分简单。他说："这毫无用处。"

基南：这是他的全部话？

东乡：此后，他问我，东条说了些什么……

基南：您是不是告诉了木户，您曾同东条讨论了天皇应当怎样答复这份电报？

东乡：我向他谈了同东条谈话的情形并说，东条也持木户那样的观点。

基南：东乡先生，这都是些空话。我是在问您，您有没有告诉木户，您同东条讨论了天皇对这份亲致电的答复草案。您告诉了还是没有告诉？您能不能这样讲，您认为不需要将这件事告诉内相？

东乡：不，我没有告诉他，我们商妥了答复草案……

基南：您在这里谈了很多东西，但至今没有回答我的问题：是什么原因妨碍您同木户磋商天皇的答复，哪怕在觐见之后也好？在觐见天皇的时候，您无疑触及了一些最重要的历史问题。您离开天皇后没找一下木户，并同他谈一谈？

东乡：觐见天皇后，我回到了接待厅，但是那里已空无一人。我就问侍从："木户侯爵在哪里？"他回答，侯爵不在办公室里。此后，我就离开了皇宫。

基南： 但是，日本天皇就这样同意了答复草案。您是否想说，日本天皇只是名义上的国家元首，不须费吹灰之力就能取得他的同意，而且这项同意的意义如此之小，竟然不值得请侍从去找一下木户并告诉他觐见的结果？

东乡： 我现在不说天皇陛下所处的地位。我只想说一下觐见之后我见到了木户没有。根据当时的实际情况，木户一定非常清楚，我同天皇陛下的谈话是持续不了多久的……

基南： 您见到天皇是3点钟，离开他时是3点15分，对吗？或者您在那里呆的时间不是这样？

东乡： 我现在记不确切，但我觉得，我是3点15分离开天皇陛下的。但也有可能，这次谈话多占了一些时间。

基南： 假如是这样，那么谈话持续了15分钟？

东乡： 是的。

基南： 您同天皇谈话是在东京时间早上3点钟？

东乡： 是的。

基南： 您也知道，你们的照会本来应该在华盛顿时间中午1点钟交给赫尔的？

东乡： 是的，我知道。

基南： 那么这样说对不对，您已经知道军事行动应该在您同天皇交谈之后不到1小时开始？

东乡： 我曾认为，军事行动将在交出照会之后2小时，或者至少1小时后开始，所以我当时不知道军事行动马上就该开始……我当时不知道军事行动已经开始……

基南： 您把这些信息呈报给日本天皇了吗？

东乡： 没有，我没有这样做，这不属于我的职责。

基南： 谁负责呈报这些信息？

东乡： 负责这项工作的，当然，或者是陆军参谋总长，或者是海军军令部总长……

大本营对此负有一定程度的责任，而且我认为，他们事先向天皇陛下通报了这项计划的总则。

基南：也就是攻击珍珠港的计划？

东乡：是的……

基南：您同他谈论关于计划中的对珍珠港的攻击？

东乡：没有。

基南：您故意在谈话中避开这个题目，还是，这纯粹是巧合？

东乡：我同他谈论了一些更重要的问题，关于整个战争的问题，而珍珠港只是其中的一个部分。

基南：也就是你想说，关于攻击珍珠港的问题只是一桩无关紧要的细节，而且无关紧要到了在同天皇谈话中不值得一提的程度？（以其矛，攻其盾，如何？）

东乡：我根本不想让您来这样解释我的话。说珍珠港问题不是一个很重要的问题，只是从整个战局来看。珍珠港只是整个战争中的一个阶段……

基南：根据审讯记录，您曾说，而在自己的书面证言中还重复过，东乡外相和铃木企划院总裁知道攻击珍珠港的时间。您还记得这个吗？

东乡：我记得这个。我还记得已经对我书面证言的这一部分作了修改。

基南：很好，我从您的书面证言中引证一句您现在说的话："此处我搞错了，所以我要修改它。"您不向我们解释一下，您是怎样在讯问您之后过去一年多，又想起了这一事情的正确说法？

东乡：我是一个活人，记性可能歪曲某些事实，过后应当把它们恢复成实际发生的那样。（这只能说明：被告在撒谎）

基南：您曾经弄清楚过没有，天皇在什么时候收到这份电报的？

东乡：电报是格鲁大使交给我的，由我转呈给陛下，所以陛下绝不可能从其他方面得到这份电报的内容……格鲁大使交给我的是打字机打出的翻成文字的电报副本，我把它译成日文，就把这份日文译本给陛下看了。

基南：什么时间您给他看了这份译本？

东乡：12月8日早晨3点钟过后。

基南：您们对这个题目谈了些什么，如果大体上有过什么交谈的话？请说说，您对他说了些什么和他对您说了些什么？

东乡：我根据日文译本谈了电报的总内容。天皇陛下的答复我晚些时候转交给了格鲁大使。

基南：那里边说些什么？请您尽可能确切些将那时日本天皇对您说的话给我们重复一遍。

东乡：天皇陛下听过格鲁大使转来的亲致电的内容，他就问，对这份电报能给什么样的答复。我向天皇陛下陈述了在这次觐见前同东条首相对这个问题磋商的情形，并告诉他，木户基本上也同意我们作出的那些决定。

基南：东乡先生，我力求向您提出简单的问题，以便从您那里听到有关参预这件事的人物，不管他有多高的地位，所讲的话的直接和简单的回答。我想要您告诉我们，您向天皇说了些什么，他向您说了些什么。希望您简明地回答这个问题，不要说那种模棱两可的、令人摸不着头脑的话。

东乡：对陛下提的问题，我回答说，最好陛下像我交给格鲁大使的文件中所说的那样来答复这份电报。陛下说，他赞同这样的答复，此后我就走了……

基南：我们想明确一下，您对天皇说了些什么。当他征询您的意见时，您给他看了那份实际上后来交给美国总统的草案？

东乡：我说，收到了罗斯福总统的亲致电，这里面只涉及了一部分在日美两国政府间长期讨论过的各种问题，日本方面对这

些问题的愿望和意见已在华盛顿向美国政府作了充分的说明，因此总统先生应当很好明白这一点。就我所忆及，天皇陛下的答复可归纳如下："至于我，那么我是始终要和平的，现在对于你的建议……请您正确理解我已经说过的那个原因。"

基南：这项答复是不是直接从日本那里交给美国总统，或者美国国务卿的？

东乡：它是通过格鲁大使转发的。

基南：当您同天皇讨论这份回电时，您有没有对他说，已经太晚了，军事行动几乎正是在您同天皇交谈时开始？

东乡：没有，我们没有讨论这个问题。

基南：您知道这个情况？您知不知道，军事行动确实就在您同天皇交谈那一会儿开始的？

东乡：我不知道军事行动应该是在早晨3点钟前后开始。

基南：那份给天皇的非同小可的电报，要求紧急利用政治方面的一切可能力量，是这样吗？

东乡：是的，我觉得好像电报正是这样要求的……

基南：您的那位好朋友木户，在你们交谈时，就在很近的地方，是吗？天皇召他了吗？

东乡：我没有听到陛下下过什么要他过来的命令。

基南：请内相出席这样重要的同天皇的一次谈话，可能更合适些。您是否提过这样的建议？

东乡：当某人要向御座通报什么，通常天皇单独接见这个人。假如陛下要问木户什么，他自然会另外召他的。因此从我这方面来说，请陛下召木户那是不合适的。在日本不兴这种做法。

基南：您能告诉我们，在这么早的时辰木户在干什么呢？据我所知，他在这种时刻一般不在皇宫里的。(不断发问，让对方自相矛盾，难圆其说。)

东乡：在那天早晨，我用电话告诉他，我想去皇宫，他回答

我，天皇乐意在任何时候接见我。接着他对我说，他也要去皇宫。在我到达皇宫不久，木户走进了我在等候接见的那间接待室……

首席公诉人基南对被告木户进行质证

基南：日本天皇在清晨3点钟接见外相这一事实乃是一桩异常重要的事件。您知道这一点，是吗？

木户：当然，我很想知道谈的是什么。我感觉到，这份电报包含某种很重要的……

基南：莫非您也不怀疑，这是一次试图阻止即将开始的战争的殊死努力？您是一位为和平而奋斗的积极战士，难道不想千方百计地支持这项努力？

木户：是的，这使我十分不安。

基南：您为什么不等到天皇同被告人东乡谈话结束，问一下他谈些什么并给他些帮助？

木户：因为我在自己的办公室里，所以我不知道天皇陛下同东乡君的谈话已经结束，那位已坐车回家。我等了一些时候，当从侍从那里得知天皇陛下也已离开，我就动身回家。

基南：那么，您，真所谓一无所知？

木户：是的，很遗憾，我未能搞清楚谈了些什么。

基南：那天早晨，你一定是运气不佳，起先只差那么几分钟时间，以致东乡来不及告诉您电报的内容，后来您又错过了东乡从天皇那里出来的时机，是这样吗？

木户：那时正是这样。

基南：当然，您不能叫醒天皇，但回家后有没有想到打个电话给东乡，了解一下谈话的内容？

木户：没有。

基南：您讲给我们听的那段情节不是胡编乱造，怪诞百出吗？您来到皇宫之前还不知道电报的内容吗？

木户：没有，我不知道电报的内容。

基南：您没有给东乡去电话，是故意的还是没有想到？

木户：是的，我没有想到。

基南：您知不知道，当您还在皇宫里的时候，12 月 8 日早晨大致从 2 时 40 分到 3 时 50 分，在夏威夷群岛领土上发生了什么情况？

木户：我不知道这个。

基南：但您现在知不知道，对珍珠港的攻击大致是在东京时间 3 时 50 分开始的？

木户：是的，现在我知道这个。

基南：就是说，您刚好在攻击开始的时候待在皇宫里，那纯粹是巧合？但我觉得，事实上在那个时候，那里有个不大的集会，大家都想知道对珍珠港的攻击是怎么实施的，是这样吗？

木户：我一点也不知道这件事。

基南：我的讯问就此结束。（揭穿谎言）

首席公诉人基南对被告东条进行质证

基南：假若美国政府接受了《乙案》，那就不会攻击珍珠港，至少不在那个时候，是这样吗？

东条：只要美国接受半个《乙案》，我就认为，战争不会发生。

基南：这份电报是东乡遵照您的指令发出的？

东条：不是我的指令。他传达了政府的见解……这是外交语言，本来每个词都有其具体意义……可是外交语言不是一种死板的语言，不像法律语言那样。这是一些活词组成的，所以那是自然的事，它们的意义可以根据实际情况来改变……

基南：为什么日本把接受赫尔照会看作是自杀？

东条：假如接受了赫尔照会，日本就应立即从中国和法属印度支那的领土上撤走自己的军队。这样，日本在此之前获得的一

切，以及它的全部大陆计划都将化为乌有。

基南：您采用“自卫战争”这一说法，是不是指所谓‘中国事变’的那场战争，或者直接一点说，中日战争？

东条：从我当时所知道的那些事实来看，虽然并不是在每个场合都能作出这样的结论，但在“中国事变”中存在自卫的因素。

基南：如果战争是在中国的正中心进行，那还有什么自卫可言？

东条：对于这个问题，我认为，这些行动是太过分了。

公诉人诺兰对被告松井进行质证

诺兰：您的书面供词中提到一些激昂的和被激动起来的青年军官和士兵会在南京犯有暴行，是吧？

松井：是的，我这样说过。我本人没有看到过，但得到过这方面的消息。

诺兰：这是什么行为？

松井：抢劫居民，侵占财物。

诺兰：还有杀戮？

松井：还有杀戮。

诺兰：您是从谁那里得知这些消息的？

松井：从我们的宪兵队那里。

诺兰：您说过，您听到的暴行是在您12月17日进入南京后从宪兵司令那里来的。您还从别的什么人那里听到过这种消息吧？

松井：当我在南京的日本领事那里听到一些日军士兵和军官确实犯有罪行。

诺兰：证人中山提供证言时您出庭了。难道他不是你们派遣军的情报官吗？

松井：是的。

诺兰：他说过，您曾从你手下的师团长那里得到过有关暴行的补充报告，而且从外交渠道也得到过这种消息。关于这点是他说错了吗？

松井：据我看，您所说的，中山没有说过。

诺兰：南京陷落后，您的参谋长立即向您报告过你们军队的暴行没有？

松井：他报告过，说这是宪兵队的报告。

诺兰：他姓冢田，是吗？

松井：是的。

诺兰：证人肥高在这里，在法庭上对我们说过，从南京的外侨那里得来的有关暴行的消息既发给了东京外务省也发给了南京驻军。如果这一消息指名发给南京驻军，那么这一消息发到哪里去了呢？

松井：这类消息发给了安精公爵的派遣军司令部。

诺兰：您在书面供词中说过，在您得知这一暴行消息后即刻命令各部队查明事实真相并要惩办犯罪分子。调查结果向您报告了没有？

松井：到次年2月我离开上海前，一直没有得到有关这次调查的任何消息……

诺兰：您要求过要把事情真相报告您吗？他们向您回答些什么？

松井：他们向我报告说："我们正在进行调查，一俟调查完毕即刻回复。"

诺兰：您在1938年2月离开中国前--直没有得到回答吗？

松井：是的，是这样的。

诺兰：曾有什么消息来自东京吗？

松井：我记得1938年1月底本间中将从参谋部来到我这里，他说东京当局对日本士兵在中国犯有暴行的消息深感不安……

诺兰：12月17日您都召集了哪些军官？

松井：我下令召集了全体军官。我要求全体军官，至少联队以上指挥官要到场。

诺兰：召集他們的原因是什么？

松井：通过参谋长我得到了宪兵队长关于日本士兵所犯罪行的报告，我召集他们为的是直接向他们做指示……

诺兰：南京暴行持续了多长时间？

松井：大部分暴行是在我军进入南京后立即发生的。

诺兰：您听了证人米阿加和贝茨的证言……他们说暴行从该城陷落后大约持续了6周时间。您知道吗？

松井：我在法庭上听到了这些证言，但我不相信这一说法……

诺兰：前几天证人冈田在这里作证说，12月18日在南京的"京城"医院里您同他谈过话，您曾说，您的军队给城市带来这样大的损失深感遗憾。您有过那种表示吗？

松井：是的，如同证人指出的，我没有借助军事行动占领南京的愿望……我并不想把南京变成血腥的战场，发生这些事我非常懊悔。

诺兰：您在宣誓书面供词中写有当您于12月19日视察该城市驱车到过难民区，是吧？

松井：没有。

诺兰：这就是说您没同证人冈田所说的难民谈过话？……

松井：我没有到过难民区，我到过一座山上的庙堂，具体地点忘记了。在那里我遇见了几个难民并同他们谈了话……

诺兰：松井将军，您说您对给该城造成的损失很懊悔，您没有想用武力夺占该城。但是，证人中山在这里对我们说过，你曾要求您的参谋长冢田将军向全体参谋人员发出命令，指出：因为南京是中国的首都，我军占领该城将成为一个国际事件。应竭尽

所能发扬日本武威慑服中国。您下过这道命令没有?

松井：是的。

诺兰：您听见了被告人南次郎在法庭上说世界报界对南京大屠杀都有报道。您读过这些报道吗?

松井：没有读过。如果那些消息登在报刊上，那就相当迟了，那时我已经从上海回日本了……

诺兰：是谁肯定说发生了暴行?

松井：我认为，散布这种流言的是中国人他们自己和一些从他们那里听到了一点什么就散布起这种消息的外国人，很可能是为了开个玩笑。

诺兰：暂且把所谓开玩笑这种荒谬推测放在一边。您的这些情报是谁告诉您的?

松井：我现在一下子想不起来。是我一个部下报告的。

诺兰：也许是您的参谋长吧?

松井：是的。

诺兰：这就是说，您的参谋人员经常不断地获取这类情报，不是这样吗?

松井：我的参谋人员常常亲自去宪兵队。他们愿意从那里得到情报。

诺兰：然后他们就返回司令部报告情况，是吗?

松井：您懂得，那时候正在进行战斗，部队在运动中，了解事实真相有困难。因此，情报是不连贯的。

诺兰：可是南京却留在原地一动也没有动。我只想了解您的参谋人员告知您的消息是什么?

松井：他们告诉我拿不到肯定具体事实的证据。

诺兰：东京军事当局对您的军队在中国的行为不满意，他们认为应由谁负责呢?

松井：我前边已经说过，这个法律问题很难弄清楚。我不知

道东京参谋部是怎样想的。甚至我返回日本之后也没有受到参谋总长或陆相的什么警告和批评……

诺兰：据我理解，本间将军到中国来是由于最高统帅部对军队在南京的行为不安所致，是吗？

松井：是的。

诺兰：他是从哪里得到这种消息的呢？

松井：根据我在法庭上初步听到的情况，我认为，他是从我国外务省的通告中获悉这一消息的……

诺兰：您完全坚信你们自己未向东京参谋部报送消息吗？

松井：有关暴行方面的？

诺兰：对。

松井：没有。我回到东京后可能在参谋部讲过此事，但从未呈送过正式报告……

诺兰：11月24日您说过，中山和肥高曾把日本军队在南京的暴行通知过您。他们通知您多少这类事情？

松井：我从他们那里没有听到任何具体消息。他们只是通知我有关这方面的一些传闻……

清濑一郎在远东国际法庭为日本战犯作的辩护辞（开头陈述）

（1946年5月13日）

"大川以外的各位被告，对起诉事实均同声回答'无罪'，被告们否定上述全部公诉事实，将举出反证。

"起诉事实分为55个诉因，每个被告一个个地对大量诉因提出反证，将产生严重的复杂情况和混乱，因此他们商定就共同事项尽可能共同提出证据。其结果我们将按共同事项分成下列几个阶段来提出证据。

"第一部分，一般问题

第二部分，有关满洲和满洲国事项

第三部分，有关中华民国事项

第四部分，有关苏维埃联盟事项

第五部分，有关太平洋战争事项

“检察官认为日本国政府在1928年（昭和3年）到1945年（昭和20年）期间，所采取的军事措施，从国际公法来看，本身就是犯罪行为。

“检察官不仅认为日本的政策就是犯罪，还认为如果国家发动侵略战争或违反条约的战争时，偶尔身逢其时，参与进行战争决定的个人，作为罪犯难逃其责。换言之，检察方面的根本主张是在本案中包括被告在内的日本国家，整个17年期间一直进行违反国际法的犯罪。被告们首先对此极力予以否定。辩护人也主张，对于主权国家作为主权的运用而发生的行为，某个个人因当时在国家机关中而应负个人责任，这从国际法原理上来说，1928年时不用说，在这以后也未曾成立过。

“为了让大家正确理解在起诉书溯及的时间里，日本对内对外政策的本质，我们略述3个必要的重大事项，即独立主权的扩张、人种差别的废除及外交原理这3项。这既不是这期间某个特定内阁确立的方针，也不是特定党派的主张，这是从1853年日本同外国交往以来所有国民普遍抱有的，具有国民性、永久性而牢不可破的愿望。这和言论、教育、宗教自由有同等的重要性。被告们被指控作为指导者、组织者、教唆犯和共犯，同德国及意大利相互勾结，阴谋实行对全世界的统治。世界上没有比这更大的误解了。这种误解大概是基于对日德意三国同盟条约前言和天皇诏书中的‘八一宇’字句的解释而产生的。所谓‘八一宇’，是全世界人类像一家人中的兄弟姐妹一样相互交往的意思。成为1941年赫尔国务卿和野村大使之间进行谈判的基础的日美谅解协定，曾把‘八 一宇’翻译成世界同胞主义。

“三国同盟条约第2条，有德意承认并尊重日本对大东亚新秩序建设的领导地位的文字。检察官把‘东亚新秩序’引申为破坏民主政治及自由、人格的尊重的思想，但这是混淆了日本和别国的不同思想。

被告们对指控他们为征服世界，统治东亚、太平洋、印度洋及相邻地区而进行共同阴谋和策划之说进行了反驳。本来被告们年龄不同，境遇不一，有的是陆海军人，有的是官吏，有的是外交家、著述家，他们没有为特殊目的而集体聚会的机会，他们也没有就这些事情以团体方式交流思想的机会，认为被告通过这些方式在长期计划下发动了满洲事变、日华事变和大东亚战争三大事件的看法是错误的。这些事件都是各自有不同的具体发生原因的不同事件。一个事件里的人跟别的事件里的人并不一样，连前任把计划移交后任，后任继承下来的事实都没有。

“日本对经济的各种统制和各种计划，绝不是有计划地准备日华事变，更不是大东亚战争的准备。

“战前日本和世界各国一样，尊重言论自由，只是1925年以来，在法律上禁止共产主义和过激国家主义的宣传。从1920年开始，共产党的活动逐渐活跃起来，企图颠覆私有制和和我国国体的地下活动也蔓延全国。对这些加以禁止，对主权国家来说，是理所当然的，这既不是战争准备，也不是战争计划。

“检察官指责我国1937年以后陆军和海军的国防计划是侵略企图。大凡军备这种事情都是相对的，哪一国也都是由参谋本部和军令部设定假想敌国，逐年制定计划，这不能证明那就是决心同假想敌国开战，这是不言自明的。

“起诉书在诉因37以下，设立了杀人这一分类，意图把因战争行为而发生的人命丧失当作杀人来对被告起诉。被告辩护人认为由战争引起的人命丧失并不构成杀人罪，这是国际法上的定论。

“检察官主张应该对在侵略战争时拥有官职的人加以同普通重罪犯即杀人犯、抢劫犯同样的处罚，甚至肯定这是受到承认的国际法上的一般原则。

“检察官经常把太平洋战争中发生的事件和德国在欧洲战争中的行为相比较，甚至夸大其辞地声称太平洋战争中发生的恐怖行为、屠杀事件和德国所干的是同一类型，并且这些行为不是偶然发生的个人的不当，而是作为国家政策有计划地执行的。被告辩护人将证明，日本政府和统帅部极为强烈地希望严守战争法规和惯例，即使对敌人、放下武器者也应该以仁慈之心待之。在我国，并没有像德国发生的迫害犹太人那样，故意违反人道。

“第二部分提出的 1931 年以来日本在满洲的犯罪，被告用于反证的证据是大量的。李顿报告里也认为：‘本纠纷里包含的各种问题极为复杂，只有对一切事实和历史背景有完全知识的人，才有资格对事态发表肯定的意见。

“检察团主张 1931 年 9 月 18 日夜间的铁路爆炸事件是日本方面阴谋策划的。这里边的情况，当时的关东军司令官，已故的本庄大将有遗书可以证明。中央并不希望扩大事态，而希望尽快解决，但事件和希望的相反，扩大开来了。

“第三部分 1937 年 7 月 7 日的卢沟桥事件的发生，责任不在我方。如果这一事件像当时日本方面希望的那样就地解决的话，事态也不会这样扩大，因而也不致于产生是否有侵略战争的问题。所以这件事将证明，这次突发事件的扩大、责任在中国，日本始终遵守着不扩大方针，努力把问题在局部地区解决。日本政府最初把这件事件称为华北事件，是认为事态可以限制在华北之内，但到了 8 月份，战火烧到了华中。

“据说部分日本军队在中国制造了屠杀事件，这是令人遗憾的。但这受到了不恰当的夸张，甚至也有某种程度的捏造。

“第四部分同苏联的关系。这部分不应纳入法庭的管辖范围，尤

其张鼓峰事件、诺门坎事件，都是各自已有协定的事件，而且后来1941年4月4日日本和苏联之间又订阅了中立条约，更无问题了。

“检察方面强调1931年日本增强在满洲的兵力，这些兵力完全是防御性的。1945年8月，苏联无视和我国订立的中立条约，迅速从虎头南方越境，连续侵入满洲国。而更令人吃惊的是，这种决心在1945年2月11日的雅尔塔会议上已经下定。这是公然违反当时日苏间还在生效的中立条约。

“第五部分关于太平洋战争。虽然战争之前日德意三国结成密切关系，但这不是为了准备太平洋战争，订立这个条约，倒不如说是为了避免日美间的战争。

“我们今天已经到达证明太平洋战争自身原因的阶段，华盛顿政府于1934年（应为1939年——译注）7月26日突然宣布废除日美贸易航海条约，由此两国间的误解日益加深。以后美国对我国施加了种种压迫和威胁。1940年12月，美国将太平洋舰队主力集中在夏威夷，此即对日本的示威行动。英国同年11月13日在新加坡设立东亚军司令部。对于这些紧迫的现象，日本政府为寻求和平解决倾注了一切努力。日本总理大臣曾建议美国总统，由日本向美国增派大使。在7月中旬，为了完成和美国的谈判日本变更了内阁，这些做法是一个独立主权国家在外交需要上所能采取的最后措施。但这一切努力都付诸了东流。

“1941年7月27日，美国政府冻结了我国在美的全部资金。这是误解我国向法属印支和平出兵措施的结果，英国和荷兰也马上仿效了美国，我国和英国、荷兰之间当时还存在着贸易航海条约，英国、荷兰冻结日本资金是违反条约的非法行为。由于英、美、荷冻结资金，我国损失了一半以上的贸易，过去80年里的艰苦辛劳全都落空。美国进而又于8月1日发布了石油输出禁令，但日本仍旧努力设法消除战争因素。

“日本的和平希望，日本的认真努力，终于没有结果。接到

1941年11月26日美国的通告，日本政府最后不得不行使自卫权利，这就是12月1日的到来。但即使决定了开战的实际日期，日本在军令里仍加上了这样的条件，在最后一刻到来之前，那些紧张因素即使只消除了一点，同美国之间的交涉可能达成妥协的话，就撤销过去的一切命令。

“检察官提出了我国不宣而战构成犯罪的观点。

“辩护人在这方面将就我国宣战通告的交付时间及其经过作如下证明。宣战通告交付的时间是1941年12月7日下午1点(华盛顿时间)。野村大使为上述交付，和国务卿考德尔·赫尔先生约定，于下午1点见面。如果像约定的那样在1941年12月7日下午1点交付宣战通告的话，那么这个交付就在下午1点25分开始的对珍珠港及其他地区的攻击之前。

“但电报的解读和打印花费了时间，实际野村大使是2点到达国务院，2点20分交付的宣战通告。野村大使到国务院后如能立即交付宣战通告的话，就只比珍珠港攻击晚35分钟，因为让等了20分钟，这样造成了55分钟的迟延。

“美国当局在12月6日晚上解读了除最后部分以外的全部日本通告，最后部分在12月7日早上被解读出来，总统当天上午10点就接到了通告。

“1941年12月6日晚上，即使日本的通告只有前13部分送到总统手里，他读了后也说‘这意味着战争’(This means war)。

“通告的最后部分说：‘帝国政府终于丧失了调整日美外交关系和同美国政府共同建立并维持太平洋和平的希望，帝国政府鉴于合众国政府的态度，不得不认为今后即使继续谈判也达不到圆满的结果。特此通告合众国政府并表示遗憾。’

“这和断绝外交关系的通告有同等效力。再从当时存在的紧张形势来看，这无疑表明了日本开战的意念。”

辩护人清濑一郎对法庭管辖权提出异议

（日本的投降与德国不同，是根据《波茨坦宣言》这个条件投降的，盟国也必须遵守这个条件。）

“第一，本法庭没有审判对和平和对人道犯罪的权利。

“当然，本法庭依据的是盟国1945年7月26日在波茨坦发表的劝降宣言中，要对包括虐待盟国俘虏的人在内的一切战犯进行严厉审判的条款，该《波茨坦宣言》是同年9月2日在东京湾签署的投降书里被承认和接受的，因此《波茨坦宣言》的条款不约束我国，在某种意义上，盟国也受它的约束。这就是说，这次审判可以对波茨坦条款里称为战犯的人起诉，但没有权利审判该条款里没有称为战犯的人。

“在本法庭的宪章里，虽然明文规定有对和平及对人道的犯罪，但既然盟国没有权利对这些罪行起诉，盟国委任的最高司令官同样也没有这种权利。不能把自己不具有的权力给予他人，这句法律上的格言，在解释国际条约上也是一样的。因此我们必须在这里冷静、严格地确立波茨坦宣言里称做战犯的人的定义。

“本法庭发布宪章的1月19日，麦克阿瑟元帅在特别命令中写到盟国曾宣言随时惩罚战犯。这个宣言也只能解释为是针对我国的。

“但不能把对德宣言、对欧洲轴心国宣言运用于日本。不管在莫斯科或者雅尔塔这些会议上对德怎么宣言，那些宣言绝没有适用于日本的道理。

“审判长！这里我认为有一点非常重要。德国和我国投降方式是不同的。德国一直抵抗到最后。希特勒战死，戈林也逃走，一下子全面崩溃，完全是名副其实的无条件投降。

“我国的情况是，盟军还未在日本本土登陆，《波茨坦宣言》就发表了。在第5条里，盟军政府以我们也要遵守为条件——这个条件盟军也要遵守——对我国发布宣言，我国才接受了这个宣言。因此以为纽伦堡审判上起诉了对和平的犯罪、对人道的犯罪，就简单地类推，拿到远东审判上来，这是绝对错误的。

"我国的投降，是带有《波茨坦宣言》这个条件的。借用民事法的术语来说，是一个有约在先的条件，因此才被接受。所以盟国也必须遵守这个宣言，盟国方面曾表明过，这次战争的目的之一，就是使国际法得到尊重。

"我们坚信从国际公法上来看，绝没有超出战争犯罪这个范围的罪名。日本国是也这样相信后才决定接受《波茨坦宣言》的。

"当时的铃木贯太郎内阁也是在认为作为条件之一的惩罚战犯，是根据世界共同的词汇、约定俗成的说法来进行才接受《波茨坦宣言》的。接受了以后，又提出了和当时不同的罪名，并对此进行起诉，这算怎么一回事呢？

"世界上也有人极端地强调，作为国家政策的战争或侵略战争本身就是犯罪，但这根本就错了。非战条约虽然谴责和否定了作为国家政策的战争，但并未说这就是犯罪。

"战败后，在研究了从欧洲来的资料后，1945 年 8 月 8 日，伦敦战犯问题会议决定扩大战犯范围，这就成了纽伦堡审判的宪章。但这是 8 月 8 日的事情，对我们的宣言是 7 月 26 日发的，用 8 月 8 日的资料来解释 7 月 26 日的宣言，这根本是行不通的，不是真正的法律学家所干得出的。

"这个问题实在是个大问题，我认为，当今世界上的任何法律问题都没有有关这个法庭的管辖权的问题大。

"说日本对和平犯罪，把当时的外交官、当时的民间领导人当作被告，这是为什么呢？我们作为日本人实在是抱着很大的疑问。

"我们要求对诉因第 1 到第 36 毋须调查，以不属于法庭权限之内而予以排除。

"还有，起诉书里提出了对人道的犯罪，把违反防止滥用麻醉药条约及议定书作为罪行提出来。如诉因第 53 至 55 除掉战争犯罪的部分，附属书 B 和这部分一样。

“还有起诉书里诉因第38至第52部分。我们希望对这些也根据前边说到的理由，把它们看作非战争犯罪，无须调查证据，直接予以排除。以上是异议的第一点。

“现在解释第二点异议。接受《波茨坦宣言》，是在国际上宣布结束7月26日当时盟国和我国之间存在的战争状态的时候。这场战争我们当时称作大东亚战争，所以，战争犯罪是指那时实际存在的战争而言的，按各位的说法就叫太平洋战争。把并不包括在这场大东亚战争里的过去早就结束了的战争中战争犯罪找出来，进行起诉，这是根本不可思议的。所以我们实在不懂，为什么把日本政府在辽宁、吉林、黑龙江、热河的行动看作战争犯罪，这大概是把满洲事迹看成了不宣而战的战争了吧？可满洲事件的结果，成立了满洲国，满洲国得到了许多国家的承认。

“苏联法官也在这里，苏联承认了满洲国。中东铁路是由苏联卖给满洲国的。不把满洲国看作国家的话，怎么会卖给它呢？因此我们的解释是苏联承认了满洲国，

“这样来看，在辽宁、吉林等地的事件，都是过去陈旧的历史，并不包括在太平洋战争里边。

“但起诉书里第二诉因却溯及这些事情，把它们作为战争犯罪来起诉。

“更令人吃惊的是，我国和苏联之间发生过的哈桑湖地区事件和哈勒欣河流域事件，前者我国叫作张鼓峰事件，后者叫诺门坎事件。这些事件，1936年8月8日日苏间就已订有停战协定。

“1939年9月又就哈勒欣流域事件订了解决协定，其后日苏间订了中立条约。7月26日时日苏之间已经没有战争状态了。

根据以上的理由，我们要求把诉因第25、26、35、36、51、52全部排除掉。

“第三点，投降是处于战争状态国家之间的事。泰国同我国是同盟国。我国在泰国进行战争犯罪这种说法，完全是无中生

有。即使假定有什么理由证明日本和泰国进行了战争，泰国也不属于盟国。因此，我国对泰国犯下的战争犯罪，不应该在这个法庭进行审判。但诉因第 4 的一部分，第 16、24、34，却认为我国在泰国进行了战争犯罪，在中央的被告应该对这种战争负责。这些诉因亦不在本法庭审判的范围之内、权限之内，所以我们要求不需要什么证据，直接把它们排除出去。”

附：松井在远东国际法庭的自我申辩

（公诉人莫罗：上海和南京一带的中国心脏地区，土地肥沃，是世界人口密度最大的地区之一。它在一场违反国际法和几个世纪以来形成的全部战争法规的不宣而战的军事侵略中沦陷了，被洗劫、炸毁和烧光了。中国战俘成群地被绑起来，然后进行大屠杀。松井将军以及其他人并没有停止军事行动……当这场不宣而战的侵略战争达到高峰时，两亿五千万中国人已处于日本陆海军的铁蹄之下……

首席检察官基南：南京沦陷后紧接着是一连串对数万名战俘、和平居民和妇女儿童的杀戮、欺凌和严刑拷打，以及对毫无军事意义的众多房屋的破坏。这些事件被称为现代战争史上独一无二的南京大屠杀……

公诉人讯问曾指挥日军攻占上海、南京的松井石根在沪宁事件中负有何责。）

松井：我任军职期间，在华北和华南呆了近 12 年．我在这整个时期，为了日中合作做了可能做的一切……我始终坚信，日中之间的斗争是所谓“亚洲大家庭”中兄弟之间的争吵。日本不可避免地要动用武力，以拯救旅居中国的日本侨民和保护我们的权益，这同哥哥经过长期忍耐后赶走不听话的弟弟没有什么两样。采取这一行动的目的在于促使中国回心转意。驱使这一行动

的动机不是仇恨而是爱怜……所以我要求我的军官们要把这次派遣作战的意义向每个士兵讲清楚。我的守则可归结为：在上海地区的斗争目的仅仅是征服反对我们的中国军队。至于中国的官员和国民，根据可能则应得到安抚和保护。……经过两个多月的激战，派遣军才得以把中国军队从上海郊区排挤出去，保证了日本侨民的安全。

1937年11月5日，上海派遣军和第10军组成华中派遣军。我被任命为该派遣军司令官。……由于我多年的愿望是使日本与中国共存共荣，因此，在占领南京时，我采取了一切预防措施，以避免这一战争成为全体中国居民遭受苦难的原因……虽然我采取了一切预防措施，在攻占南京时，在一片慌乱的情况下，还是能够找到一些激动起来的士兵和军官干出胡作非为的事情来的。十分遗憾，我是后来才听到这种过失的。攻打南京的那时，我正在距该城约140公里的苏州卧床养病，而且并不知道他们违抗我的命令竟干出这般暴行来。12月17日，我到达南京后，从宪兵司令那里第一次听到这种意外事件，我立刻下达命令，敦促各部队调查此事并严惩肇事者。……因此，把全部罪责都加在日本军官和士兵头上是不公正的。

我声明，我是在战争刚一结束，从广播中第一次听到这件事的。当时美国人宣布有过南京大屠杀，公诉人在这里就此提出了证据。当时我听了广播后，曾试图调查我军在攻占南京后的活动，但是，对此负有责任的人此时不是已经去世了，就是在关押中，而有关文件又在一场火灾中烧掉了。

我认为，中国国民和日本国民理应像兄弟一样相互合作。因此，他们之间发生的付出巨大牺牲的战争是一场真正的灾难，对此，我感到十分遗憾。我曾希望这一事件会向两国国民提供在和平与和谐中生活的可能，那些曾贡献出自己生命的人们会奠定下新亚洲的基石。所以，在我回国后，就在热海市附近的伊豆山上

修建了一座神殿以纪念战死的两国军人并为其灵魂安息而祈祷。尤其是我在这个神殿内塑造了一尊观音菩萨全身像，并在神像的基座上撒有从长江盆地战场上运来的泥土。我曾昼夜在这尊神像前为牺牲军人之灵魂得以安息和世界和平得以实现而祈祷。

（摘自《东京审判》[1]）

① （苏）И·Н·斯米尔诺夫、E·B·扎伊采夫著，李执中、史其华、林淑华译，杨柏青校：《东京审判》，军事译文出版社1987版。

第四章 合法斗争权与革命权

——陈独秀危害民国案

在前面的两大审判中，以自然法理念为依据的应然法对于实体法提出了挑战，结果是以应然法的合理性来纠正了实体法的纰漏。那么我们要进一步追问的是，什么是应然法呢，它的来源和标准又是什么呢？这里的回答只能是抽象的正义原则而已。自然法的理念要求法律必须以正义为至高无上的原则，成文的实体法如果对于这一最高的原则有所违背，那么它就违背了法律的本质，也就谈不上是真正的法律。但是法律自从它诞生以来，从来就不会像自然法学家所描绘的那样的公平和正义，它无疑是现实的和具体的。在马克思主义的法学看来，更为重要的是，作为阶级社会的国家机器所奉行的律令，法律被打上了深深的阶级的烙印。因此，什么是正义，不同的阶级，不同利益群体的回答是不一致的。而其中统治者的观点被列为正统而写入法律之中。这样的法律就必然把维护统治者意志作为当然的前提，一切与之相违背的行为必然被斥为非法而遭到惩处。发生在我国20世纪30年代的“陈独秀危害民国案”对此作了一个准确的注脚。在陈案中，一方面是陈独秀的行为是否已经触犯当时民国法律的问题，另一方面还有一个当时法律本身的正当性问题。这两个问题交织在控辩双方的论战中，并且集中体现为这么几个问题：其一，什么是合法的反对，在什么限度里的反政府行为是合理合法的？其二，反对政府是不是就是反对国家？其三，革命是对现存体制的

否定，也是对于现行法律的否定，那么如何看待人民的革命权？在我们对于陈案做深人的思考时，我们不能不回答这些问题，而这些思考和回答将使我们获得一些新的启迪。

一、案情介绍：陈独秀的第五次入狱及审判

陈独秀是中国现代史上的重要历史人物。从20世纪初，他一直活跃在政治舞台上，他是五四新文化运动的领导人，同时也是中国共产党的主要创始人之一，在党的第一次代表大会上被当选为总书记。从一大到五大，陈独秀一直担任共产党总书记职务。在此期间，陈独秀积极推动国共合作、领导五卅运动和上海工人三次武装起义、反对戴季陶主义和西山会议派，并且在探索中国革命基本问题等方面都做出了贡献。客观地说，以他为首的中共中央，对推动轰轰烈烈的大革命运动发挥了巨大作用，在这些方面他是有历史功绩的。但是，由于中国革命尚处于幼年时期，经验不足，加之当时共产国际指导上的错误等客观原因，也由于陈独秀思想认识上的主观原因，导致了他在革命领导权等问题上犯了一系列的右倾错误，主要是对国民党二大、中山舰事件、整理党务案等问题上的让步，即所谓“三次大退让”。陈独秀对蒋介石、汪精卫等人有依赖心理，对于组织革命武装不重视，主张“二次革命论”，对于大革命的失败负有重要的责任。陈独秀坚持其错误的右倾机会主义路线，于1929年被开除党籍。尔后，他组织共产党托派，继续从事政治活动。尽管陈独秀犯了右倾机会主义的错误，但是终其一生，可以说是为了追求真理，为了寻求民族解放而不懈战斗的革命家。陈独秀为此，既坐过北洋政府的班房，也坐过国民党政府的大牢。陈独秀有句名言：“出了研究室便入监狱，出了监狱便入研究室”，这正是他一生的

准确的注解。他一生多次遭当局逮捕，1913 年第一次被捕，1932 年为最后一次被捕，前后五次身陷囹圄。

1932 年 10 月 15 日，上海租界总巡捕房在托派组织机关所在地虹口东有恒路春阳里 210 号逮捕彭述之等人，同时查获了陈独秀等人的通讯处，于是马上到岳州路永兴里 11 号将陈独秀逮捕，并到各处逮捕多人，前后共 11 人被捕，并抄去中、日、俄三国文字的共产主义书籍多种。10 月 17 日，租界捕房将陈独秀等 11 人押解到设于上海公共租界的江苏高等法院第二分院，随之将人和搜获的各种书籍、文件正式引渡给国民党政府。由于案情重大，陈、彭二人被押往南京军法司。陈独秀被捕，引起社会各界强烈关注。当时不少知名人士致电国民党中央政府，设法进行营救，如蔡元培、胡适、杨杏佛、柳亚子、林语堂等人，他们列举陈独秀早年在辛亥革命和新文化运动中的功绩，"伏望矜矜怜耆旧，爱惜人才，特宽两观之诛，开其自新之路"。虽然陈独秀为当局所嫉恨的共产党要员，但是当时律师界不少人对陈的遭遇十分同情，章士钊、张耀曾、董康、郑毓秀等人纷纷挺身而出，表示愿意为陈辩护。章士钊是当时"名闻全国的大律师，普通讼案，即以高薪奉请，也难得其应允"。但章士钊与陈独秀是早年知交，1903 年《苏报》案后，两人曾共同创办《国民日报》，以取代被查封的《苏报》；1914 年，陈独秀又在日本协助章士钊经办《甲寅》杂志。后来章士钊当上了段祺瑞政府的司法总长、教育总长，特别是"三一八"惨案后参与镇压学生运动，受到了陈独秀的谴责，并表示与他"断绝关系"，从此不相往来。陈独秀被捕后，曾因为经济原因，不请律师，而章士钊表示愿为他义务辩护，陈独秀也即接受。对于该案的审理，原来准备由军法司实行，后来蒋介石电令："陈独秀等系危害民国罪，应交法院审判，以重司法尊严"，于是此案交由江宁地方法院审判。1933 年 4 月 14 日，江宁地方法院公开审理陈案。当时的南京万

人空巷，临近的苏州、上海等地也有不少人前来旁听，整个法庭挤得水泄不通。章士钊担任陈独秀的辩护律师，在法庭上作长篇演说，陈独秀本人也递交了自撰的辩护状。经三次公审，最后法庭认为陈独秀“以危害民国为目的而组织团体，并以文字为叛国之宣传”、“欲将建设中华民国之国民党国民政府推翻”、“建设无产阶级专政的苏维埃”，因此判处陈独秀有期徒刑13年，剥夺公民权15年。陈独秀不服，继续上诉，社会各界也呼吁营救，迫于舆论压力，国民党政府最高法院将陈独秀及彭述之改判为8年刑期。1937年“七七事变”后，蒋介石释放了部分政治犯，陈独秀于8月获释。

二、本案的辩护理据：五“别”与一“同”

陈独秀案是本世纪中国重大的政治案件。在控辩双方的交锋中，涉及了诸多的政治法律理念问题。辩方章士钊律师的长篇辩护辞洋洋万言，耗时53分钟始毕。陈独秀也递交了辩护状。章、陈两人的辩护，援引西方政治理论和法律惯例，结合现行法律体制，深入分析了言论自由、政党民主等问题，旁征博引、鞭辟入里、文采斐然，堪称辩护史上的经典之作。他们的辩辞主要阐释了五个“别”和一个“同”，其中前四“别”是属于法理观念的问题，后一“别”和一“同”指的是本案两对具体概念的异同辨析。

（一）言论与行为之别。言论自由是公民的基本自由之一。不以政治言论治罪是文明各国的公理。只是提倡反对现行制度的某一观点学说，而不是具体从事反对活动当然也就不能构成犯罪，最多也只能算有犯罪的主观意图或者可能性。这里章士钊区别了“公”与“私”，如果对于私人的诽谤，是要负罪责的；而

对于执政一方政党政府的抨击，属于政治权利的范围，“人民反对政府，初不越言论范围，而法庭遽尔科刑论罪，同类无从援乎，正士为之侧目……倘适伦敦或之纽约，执途人而语之，反对政府应为罪否？将不以为病狂之语，必谓是侮蔑之词”。对于起诉书所称对于政府“冷讥热骂，肆意攻击”的指责，章士钊反问道：“讥而言冷，骂而言热，检察官究以何种标准，定其反对高下之度数耶？”显然，如果荒唐地以言论定罪，那么给这些言论确定反对的“度数”将是无法来衡量的，只能根据法官的主观判定，谈不上有什么客观标准。陈独秀更进一步谴责了国民党扼杀人民自由言论的卑劣行为，他愤怒写道，国民党“对日本侵占国土，始终节节退让，抵抗徒托空言，且制止人民抵抗，摧毁人民之组织，钳制人民之口舌，使之‘镇静’、使之‘沉着应付’。即使驯羊般在国民党统一指挥之下，向帝国主义屈服，宁至全国沦亡，亦不容人有异词、家有异说。”言论与行为有别，是政治自由的前提和保障，首先强调这一点，在本案可以树立一种有利辩方的辩护环境。

（二）推翻与颠覆之别。章士钊认为，视其方法的不同，反对政府的行为有两种，推翻和颠覆。前者是用合法的手段，通过选举方式更迭政府。后者是采用暴力革命的手段，用武力夺取政权。“颠覆有罪，推翻势必不能有罪”。陈独秀把“实现彻底民主的国民立宪会议”作为目标，主张参与议会，共产党与其他党派竞争选票，实行普选制，因此是属于合理推翻的行为。就此而言，共产党夺取政权之路与其他党派没有不同的地方。当然从远期看，陈独秀又认为最终要通过武装斗争来取得胜利，因此还是存在颠覆的问题。但是，要严格区别当下和将来，当下的推翻行为并不能构成犯罪。

（三）理想和事实之别。理想是将要进行的目标，事实是当下发生的现实。法律对于没有发生的事实，是没有追溯力的。章

士钊认为，孙中山曾经说过"我们所主张的共产，是共将来，不是共现在"，陈独秀亦同。章士钊辩解说陈独秀虽然不否认暴动，但是认为当前"力量不足，亦无何项暴动，江西一带之共党，与彼等意见不一致，绝未参加，亦未派人前往视察，至于正式红军，须在取得政权后，始行组织，此时尚谈不到"。因此，"陈独秀之主暴动，既未越言论或理想一步，与紧急治罪法上之'行为'两字，含义迥不相侔。是以为行为论，独秀断无科罪之理"。章士钊的说法比较准确地反映了陈独秀的主张，陈独秀是"二次革命论"者。1923 年 6 月，在中国共产党第三次全国代表大会上，陈独秀认为：中国革命目前的任务，是进行国民革命，不是社会主义革命；国民党是代表国民革命运动的党，是革命势力的大本营；而共产党和无产阶级现在很幼弱，还没有形成一支独立的社会力量。国民革命成功后，"自然是资产阶级握得政权；但彼时若有特殊的环境，也许有新的变化，工人阶级在彼时能获得若干政权，乃视工人阶级在革命中的努力至何种程度及世界的形势而决定"。因此，中国民主革命应由资产阶级领导，革命胜利是资产阶级的胜利，在民主革命与社会主义革命之间必然有一个资产阶级专政阶段，经过资本主义的发展，再进行无产阶级革命。虽然其观点在四大后有所修改，但是其基本思路没有改变。可以看到，在陈独秀看来，当时的革命仍然是资产阶级革命，要承认资产阶级的领导，而工农暴动的时机尚不成熟。章士钊准确把握了陈独秀的革命理论，因此从理想与事实之别上进行了一个有利的辩护。

（四）国家与政府之别。检方以"危害民国"的罪名起诉陈独秀，认为陈独秀等人图谋改变国体，建立苏维埃国家。对于什么是危害民国，国家与政府有何区别，章士钊、陈独秀作了深入的分析。他们认为，国家是土地、人民和主权的总和。而政府是主持国家的机关，两者是截然不同的范畴，不能相互混淆。危害

国家的行为是里通外国、泄露机密等行为，而不能把人民争取集会、结社、言论、出版、信仰之自由看成危害国家的行为。掌握政权的政府并不就是国家，人民反对政府并不是危害国家的行为，如若通过合法方式取得政权，改组政府也谈不上是危害国家的行为，不能以叛国罪论处之。国民党政府实行“刺刀政治”、“搜刮手段”且“抗日无诚意”，因此招致陈独秀等人的反抗，但是，这绝非危害民国的行为。由于检方以“危害民国”罪起诉陈，因此澄清国家与政府的关系成为本案中至关重要的问题，同时控辩双方对这一问题的不同观点也促使我们对此问题做进一步的研究。

（五）托洛茨基派与斯丹林派之别。国民党当局把陈独秀列为托派，把苏区共产党名为斯丹林派（即为斯大林派），或称干部派。陈独秀不是共产党红军，而且被开除党籍，当然就应该在法律上予以不同的对待。章士钊辩护道，陈独秀开始与国民党是合作的，曾经担任广东教育厅长，且与国民党最高领导曾密切联系，公开表示共产党“不至主张打倒我们的敌人（帝国主义与军阀）素所反对之三民主义的国民党”。在清共以后，陈独秀“以己为干部派摈除之故”，成为了共产党斯丹林派的反对派，也就划为“缓冲之集团”。从清共的角度看，在共产党内部，以陈独秀为代表的托洛茨基派多一人，干部派就少一人，也就是江西红军少一人，因此实际上国民党是可以利用陈独秀派来分化、削弱共产党的势力，而不宜一味予以打击。章士钊认为陈独秀成为托派后，与红军和第三国际都划清了界限，他信奉共产主义，已经同“生物学家之奉达尔文，心理学家之奉弗洛伊德”无异。章士钊的这些论述，从国民党自身利益出发，对于处罚陈独秀提供了审慎的意见，在当时国民党内部确实有人也是认同的。时任中央研究院历史语言研究所所长的傅斯年在《独立评论》上发表了《陈独秀案》长文，客观评价陈独秀的历史功勋，并鲜明表达了

他的立场。傅斯年说："自国民党'清共'以来的立场论，共产党是罪犯了。然'清共'以前，13年改革以后，国民党自身对于民众运动之注意，特别在劳工运动上，不在共产党之下，则陈独秀当年之创此路径，只可看做前驱，不得视为反动"，而"至于国民党'清共'以后，陈在法律上是罪犯了，那时他若被捉到，这问题倒也简单了。然而他于'清共'以后，不久为正统派的共产党者开除，弄得中国既不能容，苏俄又不能容，姑且利用上海之多国政治潜藏于一时。在这几年中，我们一面偶然看到中国正统派共产党对他之猛烈攻击，其重要口号之一便是打倒陈独秀主义，一面又偶在朋友处看见他求卖一部《中国语言学》的稿子，辗转听到他的穷困颠连。他现在是不是现行犯自有法律决定，但他背后没有任何帝国主义……"。因此，陈独秀的处罚既要考虑到其前期领导农工运动的合法性，同时也要考虑清共政策出台后，陈独秀与当时共产党正统派的区别，不可以共产党之名概而论之。

（六）共产主义与三民主义之同。章士钊以孙中山的话来说明，共产主义实际与三民主义是一致的。那么陈独秀宣传共产主义，并非检察官所谓宣传与三民主义不相容之主义。孙中山有言，"民生主义就是社会主义，又名共产主义，即是大同主义"，又说，"国民党既是赞成三民主义，便不应该反对共产主义，因为三民主义中之民生主义大目的，就是要众人能够共产"。在同盟会的四大纲领中，"驱逐鞑虏，恢复中华，建立民国，平均地权"，其中就有平均分配土地之主张。因此不能说是共产主义与三民主义不相容。孙中山特别指出："许多同志，因为反对共产党，便居然说共产主义与三民主义不同"，章士钊引用这句话，实际抨击了包括检察官在内的国民党政府的错误言行。需要指出的是，作为法庭辩护，章论证共产主义与三民主义的相通性，但是，作为两种不同的政治理想，其实是有本质区别的。陈独秀并

不像章那样说，而且在章辩护发言之后，他明确表示章的发言只代表其个人的观点。陈独秀的政治观点与章士钊是有区别的。

三、法理聚焦：国家、政府与革命的问题

（一）双方争论的焦点问题

在本案中，控方以危害民国罪对陈独秀等人进行了起诉。那么，什么是国家？究竟什么行为是危害国家的行为呢？双方围绕这一问题展开了激烈的争论。

章士钊认为："窃思国家作何解释，应为法院所熟知。国家与主持国家之机关（或政府）或人物，既截然不同范畴，因而攻击机关或人物之言论，遽然为危及国家，于逻辑无取，即于法理不当。"

陈独秀认为："国者何？土地、人民、主权之总和也……叛国者何？平时外患罪、战时外患罪、泄漏机密罪，此等叛国罪状，刑法上俱有具体说明，断不容以抽象名辞漫然影射者也。若认为政府与国家无分，掌握政权者即国家，则法王路易十四'朕即国家'之说，即不必为近代国法学者所摈弃矣。若认为在野党反抗不忠于国家或侵害民权之政府党，而主张推翻其政权，即属'叛国'，则古今中外的革命政党，无不曾经'叛国'，即国民党亦曾'叛国'矣。"

章、陈因此认为中华民国与民国政府不是同一概念，反对政府，不是危害民国，因此不能说是犯了危害民国罪。章陈的抗辩气势恢弘，富于哲理，可法院当局也不是可以轻松对付的。法庭在判决中，改变了起诉书中比较简单的陈述，而从法理方面对于为什么要定危害民国罪给予了较为详细的说理和论证。首先，判决书对于什么是中华民国以及他与苏维埃国家的区别做了说明：

"中华民国为民主国家，其主权寄于全民，故凡属中华民国国民，无男女、种族、宗教、阶级之区别，在法律上一律平等（见约法第6条），而在苏维埃国家，则主权仅寄于工人阶级，除此特殊阶级以外之人，皆无参政，是两种制度，显然为两种国体。"（这里姑且不论其所谓的主权在全民的虚伪性以及对苏维埃国家的曲解）意思即，既然中华民国与陈主张建立的苏维埃国家为两种不同的国家，那么你要推翻民国，建立他国，当然就是危害民国。其次，判决书论述了中华民国与三民主义、国民党、国民政府的关系："中华民国，系以国民政府、本革命之三民主义、五权宪法而建设。国民党则在建设程序中于训政时期以内，指导人民为革命建设之进行，故三民主义实为中华民国之建设基础，国民党国民政府均为建设之领导机关。"因此，如果用一个词来形容民国与三民主义、政府、国民党的关系，就是"唇齿相依"，不可分离的。不存在可以在保留民国的前提下，以其他政权取代国民党政府的可能。陈独秀等人要实行共产主义，推翻国民党政府，建立无产阶级专政，"是不独图谋变更全民主治之中华民国国体，并将中华民国之建设从根本上推翻，其危害民国及叛国毫无疑义。"

从上可知，陈案争论焦点在于反政府是否就是反国家，这是个实质问题。

（二）对于国家概念的理解

这里有必要探讨一下国家的概念问题。国家是什么？有一种比较流行的说法，即国家的三要素说。这是资本主义上升时期的理念，伴随国家主权理论的出现和国际社会交往斗争而产生的国家学说，认为国家是由居住在固定领土的拥有主权的一定数量的人口所组成的共同体。构成国家有三个要素：一是人口，生活在特定国家的居民，是构成国家的第一要素，是国家一切活动的出发点；二是领土，居民赖以生存之地，也是国家存在及行使权力

的空间；三是主权，即国家处理内外事务的权力。现代的凯尔森也认为，国家由空间、时间、属人、属事四要素组成，增加了一个“时间”要素，指国内法律秩序的时间效率范围，总的来说，与三要素说基本相同。这些都是地理意义上的国家概念。如从此来看，国家与政府是有很大的区别的。政府是国家的管理机关，但是，仅此而已，由于任何政府都可以有此功能，因此无论是哪个政府来管理都不会从根本上对于国家构成危害。这也就为反对党的活动确立了正当理由。那么任何反对政府的行为，并不能归结为反对国家。在本案中，章、陈正是以此为据作了辩驳。但是国家的三要素（或者四要素）说的局限是仅仅从国家的地理意义上的存在来规定国家的性质，而对于任何一个国家来说，都不仅仅是地理意义上的存在，而有其复杂的社会政治经济结构。

从政治法律意义上的国家概念看，在西方法学的源头，柏拉图、亚里士多德等人对于国家的论述中，就已经有了专制国家和民主国家的区别。柏拉图认为，波斯王国是君主制国家的典型，雅典是民主制国家的典型。这样的两种国家是各有优劣，波斯王国在开明的居鲁士国王的统治下，国家的生活使自由和服从很好地混合，国力不断强盛。到了大流士统治之时，由于专横暴政而无节制，统治者的腐败使国家人心涣散、众叛亲离。雅典有着悠久的等级民主制度，而面临四周强敌的威胁，又使国人具有一种团结一致的精神。但是，当民主走向极端，就会出现一种所谓的“剧场政府”现象，每一个观众都以为自己是鉴赏音乐的行家，品头论足而全然不尊重比他们高明的人，这样的局面就如同混乱的剧场一样了。因此最好的国家应该是两种体制的混合体，后来的亚里士多德也都这样认为。在这里，虽然作为君主制国家的波斯王国和作为民主制国家的雅典都各有自己的不同情形，但是，波斯王国说到底仍然是君主制的王国，雅典也仍然是民主制的国家，如果这一代表性特点都改变了，波斯王国也就不是波斯王国

了，雅典也就不是真正的雅典了。古代的柏拉图等人就已经注意到了各类国家体制的规律特点，从中也使我们看到体制与国家本身之间有着密不可分的关系，并启示我们去进一步探求国家本身所有的属性。

国家是人类历史发展到特定阶段的产物。在原始社会的漫漫岁月，公有的氏族社会一直通过氏族会议的古老方式来决定群体的大事，每一氏族成员都处于平等的地位。随着社会生产力的发展，整个氏族社会有了一定的剩余财产，氏族的部分成员利用自己的权利将其据为己有，财产的占有有了不同，有产者要求将其私有财产合法化，这一阶级的分化导致氏族公有制度不断受到挑战，最后氏族瓦解，国家应运诞生，它的使命就是要维护特殊的占统治地位阶级的利益。国家不是从来就有的，它是阶级矛盾不可调和的产物，是一个阶级压迫另一个阶级的工具。在历史上，雅典是在自身内部发展产生了阶级的对抗产生的典型国家，罗马是在外来的居民同罗马贵族斗争的推动下产生的，日耳曼国家是征服罗马的直接产物。这三种国家的产生就是明证。阶级性是国家的根本属性。在一个国家中，哪一个阶级占统治地位，哪一个阶级居于屈从的地位，这一阶级关系的不同状况形成了国体。奴隶主阶级、封建地主阶级、现代资产阶级以及当代无产阶级是人类历史不同时期处于领导地位的阶级，由此可以划分出奴隶制国家、封建制国家、资本主义国家和社会主义国家四种不同的国家形式。

从上可知，国家既有地理意义上的含义，又包含了政治法律意义上的含义，它是两者的综合，缺一不可，但是政治法律意义上的国家内涵是更本质的部分。

（三）政府、反对政府与反对国家的问题

在包括一些西方启蒙思想家在内的诸多学者中，对于政府和国家两个概念不是予以了严格的区分，特别是论及两者的起源问

题时，几乎在同一个意义上使用。国家与政府确实是有着十分密切的关系，但是两者不能等同。要理清两者的关系，可以对政府的概念划分为抽象意义上的政府和具体意义上的政府两种语义：

第一，抽象意义上的政府概念，基本是在国家的意义上使用政府的概念。以洛克为代表的一些西方近代学者认为，政府是社会的对立物。人类在自然状态下是自由和平等的，由于社会交往的需要，他们订立协议，将本来属于个人的权力让渡，产生了一种凌驾于社会之上的公共权力，这种公共权力有权制定法律，以此保护人们的基本权利和自由，牟取公共福利，维持公共秩序，抵抗外来侵略。洛克认为："当某些人这样地同意建立一个共同体或政府时，他们因此就立即结合起来并组成一个国家"。因此，可以说政府与国家同源，在此意义上可以相互指代。从契约论得出的结论就是，既然政府是社会公众之约定而成，那么社会成员对于自身的权利的主张在建立政府之后都是被保留的，而且是最本质的权利。因此，一旦政府的不能履行协议，不能保障人民的基本权利、人身财产安全，而成为剥夺自由，压迫民众的机构，那么社会公众就可以反对政府，甚至建立新的大众认可的政府。洛克说："在一切情况和条件下，对于滥用职权的强力的真正纠正办法，就是用强力对付强力"①。比较保守的休谟认为，一般情况下，革命、变革都是有害的，他认为"在人事的通常进程中，再不能有比这件事更为有害，更为罪恶的了。除了革命总要引起动乱以外，那样一种实践还会直接趋向于推翻一切政府，并且在人类中间引起普遍的无政府状态和混乱局面。……我们永远应当权衡由权威所获得的利益与不利，并借此对反抗学说的实践采取更加谨慎的态度。通常的规则要求人民服从；只有在残酷的专制和压迫的情形下，才能有例外发生"②。而罗伯斯比尔最明

① 洛克著，叶启芳、瞿菊农译：《政府论》，商务印书馆 1964 年版，第 95 页。
② （英）休谟：《人性论》，第 594～595 页。

确地指出："当政府违犯人民的权利时，全体人民和每一部分人民最神圣的义务就是起义"①。以上论述都表明了反政府的合法性和保留革命权的必要性。无论是反对政府，还是反对国家，革命权是社会大众的天然权利，也是保证社会正义的最后的屏障。这一权利，不是政府和法律等国家机器所能剥夺的，因为它本身就是对于政府和国家的否定。

第二，具体意义上的政府概念，与国家的概念是有严格区别的。卢梭明确地把国家和政府区分开来，他说"政府就是在臣民与主权者之间所建立的一个中间体"，这个中间体的成员叫做行政官、国王、执政者，整个中间体则称为君主。政府的任务是负责执行法律，维持社会的和政治的自由。这里，政府与国家是两个不同内涵的概念，政府不过是执行法律的实体。尽管卢梭本人的这个区分并没有使他显得与洛克等人有何不同，而且他得出的反抗权的合法性，也与洛克等人类似。但是，卢梭的这个区分是十分有意义的。在洛克等人那里，我们可以得出反抗权的合理性，但是，这种反抗是对于政府和国家的反抗，是最剧烈形式的革命。这种反抗是任何国家的法律都不能接受和认可的。但是一旦把国家和政府区分开来，政府作为一种中间体，使他直接面对各种反抗，那么并不是一切反抗都可以上升到反抗国家的高度。这里的重要意义就在于为不同政党对于政府权利的争夺提供了合法性。政府是由政党执政的。在野党派对于执政党的反对和挑战，是一种合法的行为。其为推翻现政府而另行组织新政府的行为，是合理的反政府行为。这个道理在西方资本主义各国都是被认同的。因此，在本案中，陈、章都提出了反对政府的根据，为反政府的言行提出辩护，其理即在于此。

我们要继续追问的是，在反政府和反国家的行为中，有什么

① 《革命法制和审判》，第 139 页。

内在的联系，或者直接地说就是，什么样的反政府行为是法律可以容忍的行为，而什么样的反政府的行为是可以归属于反对国家的行为呢？

对于政府的理解，契约论只不过是缺乏历史依据的假设，政府并非是大众协议而产生的。政府与国家是相伴而生的，与国家性质是密不可分的。从总体上看，政府是国家进行管理的机构，那么有什么样的国家性质，就会有什么样的政府。从马克思主义的观点来分析，在阶级社会里，政府就是统治阶级管理社会的机构，为统治阶级服务。但是，由于在不同的时期，不同的阶段社会各个阶级力量的对比会有变化，而统治阶级内部也有不同的派系之争，政府也会因此而发生变化。对于政府的反对行为，可以划分为两种性质不同的情况：一种是统治阶级内部党派的斗争；另外一种则是属于非统治阶级的其他党派、团体或个人的反政府行为。前者虽然反对政府，但是反对者在基本立国理念上与执政者并没有很大的差别，通常是对具体政府行为的反对；而后者在政治理想、治国理念、政府体制等方面与现行统治都有根本的区别。后者在推翻现政府上更为彻底，而从其行为的结果看，如果推翻了现政府，那么以前的反对者就从非统治阶级而变为现在的统治阶级。在此，国家原有各阶级的地位发生了根本的变化，国家也就变为了一个新的国家。因此，仅当此情况发生时，反政府与反国家是一致的，在这个意义上反对政府，实际上就是反对现行国家的根本制度，就是反国家。在陈案中，实际上是属于这后一种情形的，因为作为共产党，即使是托派，都是要建立一个新国家，实现无产阶级的专政，这确实是从根本上推翻现政府和中华民国的行为。毫无疑问，尽管陈独秀的行为是正确的和合理的，但是确实是当时的法律所不可能容许的反叛行为，我们今天看待这个案子应该实事求是地承认这一点。那么，承认陈独秀反对政府和反对国家的行为，是不是说明了法庭的判决是公正的

呢？恰恰相反，对于反动政府和腐朽国家的反对，就是对于正义的坚持，就是正义的革命。如果说当一个政府与这个国家陷入反动之时，能够期待他的法律对于否定其本身的革命行为的肯定吗？在此情况下，惟有高举革命的大旗，扫荡一切旧制度、旧法律，建立崭新的政府和国家，才能获得正义和公平。

（四）法律、正义和革命

分析法学派的法学家奥斯汀有句名言："恶法亦法"，这一句话受到了后来的新自然法学家们的抨击。新自然法学家认为法应当从属于正义的价值原则，而任何不道德、违背正义的法律不是法，也不应该有法律的效力。我们并不赞成奥斯汀，但是应该看到，在实际中，法律并不都是那么完善合理。法律，从根本上说，并未能超越历史和阶级的局限。法律是统治者维护利益的工具，统治阶级总是把自己的意志上升为法律，写在法律的条条框框上。在本案中，涉及的法律是《危害民国紧急治罪法》，该法是典型的法西斯法律。在本案，检察官依据的法律，主要就是其中第6条："以危害民国为目的而组织团体、或集会、或宣传与三民主义不相容之主义者，处5年以上、15年以下有期徒刑"。这些条文完全禁锢了人们言论和思想的自由，为扼杀不同政见者提供了依据，可以说是地地道道的"恶法"。这样的法律，在开明的资本主义国家都不会出现。但是这的确是当时必须遵循的法律规则。国民党当局所谓的法制其实就是一种虚假的表皮，由这样的"恶法"来裁决，有何正义和法制可言呢。

本案中陈独秀的立场与他的辩护律师章士钊的立场是有区别的。陈独秀在法庭上曾经明确声明章士钊的长篇法庭演说是章个人的意见。实际上，两人的分歧在于，章立足于从陈的合法性，特别是符合当时国民党法律的角度着眼进行辩护，比如，章对于共产主义是不是与三民主义不相容的主义这一点作了大量的辩解，为陈独秀的政治主张辩护，他甚至认为陈独秀托派的存在对

于清共也是有利的。对于章的这些辩护，陈独秀本人当然难以苟同，他对其政治主张与当局的根本区别是清醒的，因此，他立足于正义性的角度为自己辩护，他多次声明反对政府的三点理由，即人民不自由；贪官污吏横行；政府不能彻底抗日。实际上，陈是为自己争取革命权，即对于任何现行腐败政府使用革命的手段去推翻是正义的行为。只是他的革命最终是要革资产阶级的命，所以资产阶级的法律要把这一革命扼杀。

在革命的手段和道路上，有和平过渡与暴力革命之争。西方马克思主义创始人葛兰西提出"运动战"和"阵地战"的两种方式。他认为：国家＝政治社会＋市民社会。在东方各国，国家就是一切，市民社会处于未形成的状态。因此，国家政权本身成为无产阶级正面攻击的目标，无产阶级可以通过"运动战"找到薄弱环节，并进而夺取国家政权，有效地控制整个社会。而西方发达国家，统治阶级不仅拥有国家的政治机器，而且牢固地掌握着市民社会的领导权。因此，在这些国家必须开展夺取市民社会意识形态地领导权的"阵地战"，这是一场文化的攻击战。中国革命有中国革命自身的特点，实际上类似于葛兰西所说的情况。中国革命的"运动战"，就是要直接通过武装起义，寻求个别的突破，从星星之火，渐成燎原之势，最后夺取全国政权。而陈独秀认为当时的中国先要发展资本主义，要取消一切罢工、游行、示威以及武装革命等反对活动，而等待时机，积蓄革命力量。甚至，他还幻想参与国民议会，因此背离了中国革命的内在规律。毛泽东等人通过武装工农，找到了革命的正确道路。事实证明，要使中国的广大工农群众从社会的底层翻身做主人，不通过暴力革命推翻国民党统治，以彻底改造代表大地主、资产阶级利益的政府和法律体系，就不可能实现。因此，陈独秀的革命设想最后只能是主观愿望，而不可能在当时的中国付之于现实。

四、案例资料选编：章士钊、陈独秀的辩护辞等

律师介绍：章士钊

章士钊，在本案中担任陈独秀的辩护律师。1881年生于湖南长沙县的一个中等富足家庭。青年时代，离开家乡求学，入南京陆师学堂。当时他是反对满清王朝的激进派，遭到校方的压制，于1903年退学到上海，加入蔡元培、章太炎、吴稚晖等人创办的“爱国学社”，从事革命活动。这年5月，被聘为《苏报》主编，在《苏报》被清政府查封后又与陈独秀等人创办了《国民日报》，继续反清斗争。1904年毅然放弃了文字宣传工作，以更为激进的方式参加了推翻清王朝的斗争。他与杨守仁、蔡元培、蔡锷等人组织了一个暗杀团，起名“爱国协会”，准备刺杀满清要员。后因刺杀广西巡抚王之春未遂，被捕入狱。经黄兴、蔡锷等营救获释，不久流亡日本。在东京，他与孙中山往来甚密，并与李大钊、陈独秀等结为好友。1907—1911年，从东京赴英国深造，在艾丁堡大学攻读法学，系统接受西方政治与法律思想，尤其是深受英国近代自由主义、英国政党政治、英国式社会进化道路思想理念的影响。武昌起义胜利后回到上海。1914年，再度赴日本，与黄兴等人一起创办了《甲寅》月刊，后来，他又回到广东，配合云南爆发的讨袁护国运动，出任军务院秘书长。讨袁运动结束，军务院撤销，章转入学界，受聘于北京大学教授逻辑学。1921年，再次赴欧洲寻求救国之道。他在英国逗留了很多时间，访问了英国学者威尔斯和潘悌等人。受他们的思想影

响，转而主张农业救国。1922年出任北京农业大学校长。1924年，应段祺瑞之邀出任司法总长。1925年“五卅惨案”爆发后，出任教育总长，后转任段祺瑞政府秘书长。1926年，帝国主义对中国的侵略促使国内政治斗争趋向白热化，发生了“三·一八惨案”，两名请愿学生被枪杀于段祺瑞政府大门之外，从而掀起了民众抗议的浪潮，促使段祺瑞下台，章也从此结束了他一生的官场生涯，迁居天津继续办他的《甲寅》杂志。1929年，他第三次赴欧洲考察，为时将近一年，足迹遍及英、法、比、德等各西欧国家。1930年，自欧洲回国后，受张学良之邀，任东北大学文学院院长。次年，日本帝国主义侵占东北，爆发了“九·一八”事变，他离开沈阳赴上海，从此开始了律师生涯，直至1948年参加和谈代表团来北平。他曾被誉为上海四大名律师之一。在他改行律师之后不久的1932年10月，陈独秀在上海被捕。当时虽然陈已成为托派，被共产党开除，但国民党仍以共产党名义将他逮捕。次年4月，国民党政府对陈进行公开审判 章挺身而出，为陈义务辩护。他的辩护辞因为其强有力的论证，报刊公布之后，中外闻名，一时传为律师辩辞的楷模，被选编为教材。1946年，他又为汪伪政权的汉奸梁鸿志辩护，最后梁仍被判死刑。1948年他担任国共和谈代表，和谈破裂后去香港。1949年回归北京，任中央文史馆馆长、全国政治协商会议常委及第一、二届人民代表大会代表、政务院法制委员会委员。1973年逝世。

陈独秀等危害民国案起诉书

被告陈独秀、彭述之（即张次南）、王武（即宋逢春）、濮一凡、王子平、何阿芳、王兆群、郭竟豪（即彭道之）、梁有光、王鉴堂，以上十名均在押。右开被告，民国念一年刑事第三八号

危害民国一案，并经侦查终结，认为应行提起公诉，兹将该被告犯罪事实，及所犯法条，开列于后：

（中略——编者）

陈独秀部分：被告陈独秀，系安徽怀宁人。初在日本东京大学读书。于前清宣统元二年（一九〇九年——一九一〇年）间，曾一度回国从事著作。光复后，又往日本继续求学。至民国四年（一九一五年）回国到上海，在青年报① 当主笔。一以反宗教军阀及孔子主义为目的。民国五年（一九一六年）至北京大学当文科教务长，直至民国九年（一九二〇年），复回上海办青年报，是年即加入共产党。旋往广东任教育厅长，约一年，因病回沪。民国十一年（一九二二年）赴莫斯科住约二月，回国后，被派为共党总秘书，直接受莫斯科命令，指挥各地共党活动。至民国十六年（一九二七年），因国民党清共，共党失败，第三国际以被告执行职务不力，将其总秘书职务开除。彼时共党内部分裂为二：①为斯丹林派，又名干部派。②为托洛斯基派（即今译托洛茨基）。被告侧重于托洛斯基一派，自与干部派意见不合。至民国十八年②（一九二九年）下半年，复经开除党籍。于是被告纠集一般开除党籍者，若彭述之、王子平、宋逢春等，在上海组织中国共产党左派反对派团体，举被告与彭述之、张九为中央执行常务委员，宋逢春、濮一凡二人为候补常务委员。复在北京、天津、广州、香港等处，组织支部，分头活动。因限于经费，仅参加工会及学生运动。而农会方面，党员较少，无法扩张。党内刊物有《校内生活》及《火花》两种，均由被告负责编辑。以上事实，均经被告在捕房高二分院及本处自白，核与共犯彭述之等供词，尚称符合。

---

① 指陈独秀于1915年9月15日创办的《青年杂志》，后改名《新青年》。

② 因为是历史资料，故在书中保留了其原来使用的年号写法，不强作统一的改动，其他资料同此。

查被告为中国共产党左派反对派中央执行常务委员首席（以下简称中央反对派），是为一党之主脑。其个人行动，及发表之反动文件，应负责任，固无论矣，即以中央反对派名义刊行之反动传单宣言书，及其指挥之行动，亦应由其完全负责。详阅中共反对派名义发表之《政治决议案目前的局势与我们的任务》（证据第二四号），《五卅七周纪念告民众书》（证据第七号），《对时局宣言》（证据第六号），《组委通告》（证据第五号），《为日本主义进攻上海告民众书》（证据第十一号），《为日本占领淞沪告全国民众》（证据第十五号），《沪东区委员为日本在上海进行大屠杀告民众》（证据第十六号），《为日本占领…（省略号原来就有——编者）沪告全国民众》（证据第二六号），《北京特委最近工作计划》（证据第三三号），一面借口外交，竭力宣传共产主义；一面则对于国民党政府，冷讥热骂，肆意攻击。综其要旨，则谓国民党政府威信堕地，不能领导群众，应由其领导农工及其无产阶级等，以武装暴动，组织农工军，设立苏维埃政权，推翻国民政府，由无产阶级专政。并欲打倒资本家，没收土地，分配贫农。其言词背谬，显欲破坏中国经济组织、政治组织，而其个人名义所发表之《中国将往何处去》（证据第二六号），《此是抗日救国运动的康壮大路》（证据第二六号），《国联第二次决议后之局势》（证据第二六号），《为纪念五一告工友》（证据第二六号），竟目三民主义为反动主义，并主张第三次革命，坚决扫荡国民党政府，以革命民众政权，代替国民党政权。其意在危害民国，已昭然若揭。惟查共产党进行之程序，原有组织团体，宣传主义；武装暴动，设立苏维埃政权等各阶段。察核被告所为，仅只共产主义之宣传，尚未达于暴动程序。然以危害民国为目的，集会组织团体，并以文字为叛国宣传，则证凭确实，自应令其负责。

（下略——编者）

（原载陈东晓编《陈独秀评论》，1933年3月版）

章士钊辩护状

本案当首严言论与行为之别。言论者何？近世文明国家，莫不争言论自由。而所谓自由，大都指公的方面而言。以云私也，甲之自由，当以不侵乙之自由为限，一涉毁谤，即负罪责。独至于公而不然，一党在朝执政，凡所施设，一任天下之公开评荐，而国会，而新闻纸，而集会，而著书，而私居聚议，无论批评之酷达于何度，只须动因为公，界域得以“政治”二字标之，俱享有充分发表之权。其在私法，个人所有，几同神圣，一有侵夺，典章随之。以言政权，适反乎是，甲党柄政，不得视所柄为私有，乙党倡言攻之，并有方法，取得国人共同信用，一转移间，政权即为乙党所承。“夺取政权”云云，“夺取”二字，丝毫不含法律意味。设有甲党首领以夺权之罪控乙，于理天下当无此类法院足辩斯狱。

法院之权，尽可推鞠违法之帝王，而独未由扶助怙势不让之政府者，凡政争之通义则然也。律师曩游英伦，闻教于法家戴雪，彼谓国会改选，两党之多数互易，而在朝党不肯去位，而在野党殊无法律救济之途。诉之法官，法官必无法置对。而英伦自有宪政以来，在朝党从不以不肯去位闻者，全由名誉律为之纲维。故本斯而谈，政权转移之事，移之者绝不以为咎，被移者亦从不以为诟。我往彼来，行乎自然，斯均衡之朋谊，亦作宪之宏轨。十八世纪后，欧美国家之逐步繁昌，胥受此义之赐，稍有通识，颇能言之。至若时在二十世纪，号称民国，人民反对政府，初不越言论范围，而法庭遽尔科刑论罪，同类无从援乎，正士为之侧目。新国家之气象，黯淡如此，诚非律师之所忍形容。中国如历代暴主兴文字狱者无论也，欧洲在中古黑暗时期，士或议政，辄遭窜杀；惟英伦自大宪章确立后，“王之反对党”一名词，

屹然为政治上之公开用语，人权得所保障，治道于焉大通。各国效法，纷立宪典，遂蔚成今日民权之盛备。倘适伦敦或之纽约，执途人而语之，反对政府应为罪否？将不以为病狂之语，必且谓是侮蔑之词。如本案检察官起诉书："一面对于国民党政府冷讥热骂，肆意攻击，综其要旨，则谓国民党政府威信堕地，不能领导群众"云云，皆成为紧急治罪之重要条款。此即中外人而互衡之，何度量之相越及公私之不明如是其甚耶！退一步言，如起诉书所称，信有罪矣。危害民国紧急治罪法共十一条，究视何条，足资比附耶？讥而言冷，骂而曰热，检察官究以何种标准，定其反对高下之度数耶？要之，以言论反对，或攻击政府，无论何国，均不为罪。即其国应付紧急形势之特别法规，亦未见此项正条。本起诉书之论列，无中无西，无通无别，一切无据。此首需声明者一。

何谓行为？反对或攻击政府矣，进一步而推翻或颠覆之，斯曰行为。而行为者，有激随法暴之不同，因而法律上之意义各别。法者何？如合法之选举是。暴者何？如暴动成革命是。凡所施于政府，效虽如一，而由前曰推翻，由后则曰颠覆。所立之名，于法大不相同，何也？颠覆有罪，推翻势不能有罪。设有罪也，立宪国之政府将永无更迭之日，如之何其能之？查刑法第百零三条内乱罪："意图以非法之方法颠覆政府……"。言外之意，凡以合法之方法，更易政府，即无触犯刑章之虞，殊不难因文以见义。起诉书罪陈独秀有云：推翻国民政府，由无产阶级专政。如问此之推翻所取为何道耶？上次庭讯，审判长询及国民会议事，陈独秀答云："共产党有权召集，则自行召集之，如由南京国民政府召集，共产党亦往参加。"由陈独秀之言，绝未自异其党于普通政党，普通政党以何道取得政权，共产党亦遵行之。此观各国会议，无不有共产党之席次，共产党之下，选区争选票，一是与他党同。可见共产党所取政权之第一大道，仍不外法定之

选民投票，即陈独秀之意亦然。国民党政府虽以训政相标榜，而训政有期，与美国总统之任期相若。孙中山先生恒言，天下为公，选贤与能。无论党中何人，俱无国民党永久执掌政权之表示，公文书中，亦无此类规定。最近开放政权之声，尤甚嚣尘上，训政之期，无形缩短；每年一开之本党代表大会，今为还政于民之故，亦正议提前。在若此情形之下，有人谋代国民党而起，易用他种政体以行使准备交迁之政权，何得为罪？审判长郑重问陈独秀云："共产党最终之目的是推翻国民党建设苏维埃否？"答云："当然，惟非最终目的耳。"夫"推翻"二字，虽于耳未顺，然若英伦法官问保守党员云："保守党之目的，是推翻自由党建设巴尔温内阁否？"此除"当然"以外，当无异答。遽科为罪，宁非滑稽之尤？或曰不然，陈独秀所云，乃暴动耳。此在供词中，侃侃言之，何止一次？故起诉书曾切指曰："应由其领导农工及无产阶级等，以武装暴动，组织农工军，设立苏维埃政权。"争选无罪，暴动岂得无罪乎？曰：是宜分别言之，陈独秀之暴动，谓与国民党打倒北洋军阀时所用之策略正同，核之恒人心理中之杀人放火，相去绝远。且亦只谓"应"如何而已，谓之曰应，是理想，不是事实。又属应为，其在将来，而不在今日甚明。危害民国紧急治罪法第二条，以"左列行为"为必要条件。左列行为者，指现在之事实。反之，同为暴动，而不过未来之理想者，其将不在本条论域之内，初不得谍识之士而知之。独秀虽不否认暴动，而当庭一再供称力量不足，并无何项暴动，江西一带之共党，与彼等意见不一致，绝未参加，亦从未派人前往视察，至于正式红军，须在取得政权后，始行组织，此时尚谈不到。党中组织，完全独立，经费由党员节衣缩食充之，不受第三国际之一毫接济等情。是"暴动"云云，亦揣想将来必经之阶段而已，与目前之治安，了无连谊。所谓扰乱危害民国紧急治罪法第一条，国宪如何，毫不生影响。所谓紊乱（刑法第一百零三条

内乱罪）如何牵连误会，始得羼入紧急内乱之范围。律师不敏，窃所未谕。

夫法律之事，课现在不课将来。春秋诛心，有君亲无将之义，秦皇暴虐，有腹诽必禁之条。此一为相祈经说，一为专制淫威，律以近世发见其实之刑法要旨，相去何啻万世。本庭遗像昭垂之孙中山先生，即倡言共产主义者也。特叮咛以示于众曰："我们所主张的共产，是共将来，不是共现在。"（民生主义第二讲）以故先生所持共产理论最透彻而流弊毫无。如谓将来之举动，当受刑事制裁，则以共产嫌疑先陈独秀而应被处分之人，恐非法庭之力所能追溯。若州官可以放火，百姓不能点灯，绳之法律平等之谊，又焉可通？综上所言，陈独秀之主暴动，既未越言论或理想一步，与紧急治罪法上之"行为"两字，含义迥不相侔，是以行为论，独秀亦断无科罪理。此应声明者二。

起诉书所引罪名，一则曰叛国，再则曰危害民国。窃思国家作何解释，应为法院之所熟知。国家与主持国家之机关（即政府）或人物，既截然不同范畴，因而攻击机关或人物之言论，遽断为危及国家，于逻辑无取，即于法理不当。夫国者，民国也，主权在民，时曰国体，必也于民本大有抵触，如运动复辟之类，始号为叛，始得溢为危害。自若以下，不问对于政府及政中何人何党，有何抨击，举为政治经程中必出之途。临之以刑，惟内崇阴谋，外肆虐政，一夫半开化之国为然，以云法制，断无此象。且独秀之所以开罪于政府者，非以其鼓吹共产主义乎？若而主义，由司直之眼光视之，非以其与三民主义不相容乎？（检察官以紧急治罪法第六条起诉），如实论之，尤谬不然。孙先生之讲民生主义也，开宗明义之言曰："民生主义就是社会主义，又名共产主义，即是大同主义。"（第一讲首段），其解释同党之误会云："许多同志，因为反对共产党，便居然说共产主义与三民主义不同"，（第二讲）下又云："民生主义就是共产主义，就是社

会主义，所以我们对于共产主义，不但不能说是和民生主义相冲突，并且是一个好朋友"。又云："国民党既是赞成三民主义，便不应该反对共产主义，因为三民主义中之民生主义大目的，就是要众人能够共产。"（同上）综合前后所论，其说明民生共产相同及相质相剂之处，何等明切。今孙先生之讲义，全国弦诵，奉为宝典，而陈独秀之杂志，此物此志，乃竟大于刑辟，身幽囹圄。天下不平之事，孰过于斯？又起诉书指独秀"打倒资本家，没收土地，分配贫农，其言词背谬，显欲破坏中国经济组织政治组织"，此即中山丛书求之，复如桴鼓之应，不差累黍。民生主义第一讲云："资本家和工人的利益，总是相冲突，不能调和，所以便起战争。最好是分配之社会化，消灭商人的垄断。"斯与起诉书中上述各语，论质论量，俱不知有何分殊。尤为彰明较著者，同盟会之四大政纲，第四即曰平均地权。既曰平均，当曰分配，后有分配，其先必有没收。没收者何？取之地主之谓。分配者何？给与贫农之谓。商人的垄断于焉销灭，劳工之冲突，于焉化除。中国传统至今之经济政治两种组织，如之何其不破坏乎？援陈证孙，本如一鼻孔出气，谓是言词背谬，尤头大有其人。尤有足资记注者，孙先生平均地权之策，至今迄未实行，其所以然，则曩述"共将来不共现在"一语，足为铁板注脚。惟其如是，故孙先生时时以"革命尚为成功"一语强聒于众。盖平均地权之业，须以革命之力成之，理势则然也。夫孙先生之革命，与陈独秀之暴动，一贯之论尔。孙先生之书，既为国人所诵习，既其革命方略，亦谆嘱同志努力为之。独陈独秀以含义悉同之"暴动"字样，求民生主义内之同一中坚政策实现。乍一启口，陷阱生焉，凡服膺中山主义之忠实信徒，其谓之何？且也，就陈独秀彰述之连日口供观之，此二人者，并不得视为表里如一，首尾一贯之共产党。何以明其然也？独秀不认危害民国，而认反对国民党政府。综其理由，约分三事：一，刺刀政治。政府以强暴之力

强抑天下人之口，使不得有所论列。微论非党人之无言论自由权也，即高级国民党员之无枪杆者，亦禁阻使不得声。二，搜括手段。凡国民党之政策，悉以构成，苛捐杂税，横征无已，聚敛所得，悉数寄存外国银行，以便帝国主义者之操纵把持，侵压本邦，反之，商市萧条，农村破产，国民经济之如何衰败，举不值国民党政府之一顾。三，抗日无诚意。当人民一致抗日声浪最高之顷，政府竟听孤军转战，不予接济，民既剥夺殆尽，民族主义，且无以自恃；甚至民间宣言攘外，骎骎有得罪政府之势。彭述之所供略同。此之论调，盖已离却共产党本位，与一般讥切时政之声口，仿佛一气。如西南五省，如冯玉祥先生，与共产党风牛马不相及者，近时箴规政府之文电，遍载于南北新闻纸类，亦殊去上阵三事不远。假令吾国国体未改，帝制依然，以此置于汉人论时事疏，或宋人上皇帝书中，匪惟责罚无闻，抑且优旨嘉奖，事例颇多，无可抵谰。至各国国会议，即前席陈词；所为推进当局，惟一时舌锋是视者，其类此之论，尤难枚举。独是中华，黍为民国，陈彭言虽稍激，议实从同。以此列为罪状，写入爰书，其何以示天下后世？明代于谦之狱，熊廷弼之狱，当时推问，并不限于中涓，狱成之日，何尝不以为罪人斯得，然朝局一变，是非大白，至今公论如何，宁待考知。以今例昔，事同一例。何况陈独秀之于国民党也，今虽仳离，始则合作。审判长屡讯陈独秀曾否在国民党担任职务？独秀坚称无有。如实论之，却不尽然。所供民国十年在广东任教育厅长，是为孙大元帅在粤确定政权之始，且不具论。而十一年之赴莫斯科，为国民党容共政策所由发轫，同行者且为今日全国之最高军事长官，谈士类能言之。尤要者，十六年四月五日，独秀与今行政院长汪精卫先生发布国共两党领袖宣言，首称："中国共产党坚决承认中国国民党及国民党之三民主义在中国革命中毫无疑义的需要。"并云："只有不愿意中国革命向前进展的人，才想打倒国民党，才想打倒三

民主义。中国共产党无论如何错误，也不至主张打倒我们的敌人（帝国主义与军阀）素所反对之三民主义的国民党。”由是推测，可见共产党中眼光错误，主张打倒国民党者，大有人在，而独秀苦口劝之，情见乎词，至哀告同志，使勿“为亲者所怨，仇者所快。”即此一点，殊足酿成共产党分裂之势而有余。审判长又问独秀：“究以何故成为苏俄干部派（即斯丹林派）之反对派？”独秀答云：“以意见不同耳。”再问是何意见？即惨然不答，并求审判长勿复进叩党事，致陷彼于自作侦探之嫌，此其哀情苦志，实已洋溢言表。而独秀党籍之被开除，与联合汪精卫发表宣言一事之不见悦于莫斯科干部人物，不无草蛇灰线，因果相寻之迹，明眼者不难一目得之。己虽不言，而要不失为法院应采之证。当是时也，容共为国民党公开政策，凡共产党同时为国民党，反之，凡国民党亦多日时为共产党。陈独秀适为大团结中之一人，其地位与当今国民党诸要人，稚无二致。清共而后，独秀虽无自更与国民党提携奋斗，而以己为干部派摈除之故，地位适与国民党最前线之敌人为敌，不期而化为缓冲之集团。即以共产党论，托洛斯基派多一人，即斯丹林派少一人，斯丹林派少一人，即江西红军少一人，如斯辗转，相辅为用，谓托洛斯基派与国民党取犄角之势以清共也，要无不可。即此以论功罪，其谓托洛斯基派有功于国民党也，且不暇给，罪胡为乎来哉？此义独秀必不自承，而法院裁决是案，倘不注意及此，证据方法既有所未备，裁判意旨复不得谓之公平。要而言之，陈独秀之不能与国民党取同一之态度，势为之也；其忠于主义，仍继续研究共产学说者，理为之也。彼将实行计划，付之后来，与江西红军无关，与第三国际复无关，以托洛斯基自号厥派，实与生物学家之奉达尔文，心理学家之奉弗洛伊德无异，而亦中山之遗教如是。国民党人且当奉行惟谨，矧在他人，至其见到国民党之失败，引绳批把，有所抨击，此国民之义务如是，即不为共产党，亦得激于忠义而为之。

政府现时约束舆论，刻意从严，如陈独秀所陈三事，未便公开如量发布，则有政府所颁之出版法，当然与其他新闻杂志等一律取缔；必欲侦骑四出，如临大敌，一有索引，辄论大刑，国家立法之本旨，岂其如是？基上论述，本案陈独秀、彭述之部分，检察官征引危害民国紧急治罪法第二条及第六条，所谓叛国危害民国及宣传与三民主义不相同之主义，湛然无据，应请审判长依据法文，谕知无罪，以保全读书种子，尊重言论自由，恪守法条之精神，省释无辜之系累。实为公德两便，谨状。

陈独秀自撰辩诉状

予行年五十有五矣。弱冠以来，反抗清帝，反抗北洋军阀，反抗封建思想，反抗帝国主义，奔走呼号，以谋改造中国者，于今三十余年。前半期，即“五四”以前的运动，专在知识分子方面；后半期，乃转向工、农劳苦人民方面。盖以大战后，世界革命大势及国内状况所昭示，使予不得不有此转变也。

半殖民地的中国，经济落后的中国，外困于国际资本帝国主义、内困于军阀官僚。欲求民族解放、民主政治之成功，决非懦弱的、妥协的上层剥削阶级全躯保妻子之徒，能实行以血购自由的大业。并且彼等畏憎其素所践踏的下层民众之奋起，甚于畏憎帝国主义与军阀官僚。因此，彼等亦不欲成此大业。惟有最受压迫、最革命的工、农劳苦人民与全世界反帝国主义、反军阀官僚的无产阶级势力，联合一气，以革命怒潮，对外排除帝国主义之宰制；对内扫荡军阀官僚之压迫。然后中国的民族解放、国家独立与统一、发展经济、提高一般人民的生活，始可得而期。工、农劳苦人民解放斗争与中国民族解放斗争，势已合流并进，而不可分离。此即予于“五四”运动以后开始组织中国共产党之原因也。

共产党之终极目的，自然是实现无剥削、无阶级，人人“各尽所能，各取所需”的自由社会。此即是说：一切生产工具收归社会公有，由社会公共机关，依民众之需要计生产与消费之均衡，实行有计划的生产与分配。使社会生产力较今日财产私有自由竞争的资本主义的社会有高度发展；使社会的物质力量日渐达到足以各取所需的程度。所以共产主义，在经济学上是一种比资本主义更高度发展的生产制，犹之资本主义较高于封建生产制也。此决非世俗所视为简单的各个穷人夺取各个富人财产之义。此一种生产制，决非予等之空想。经济落后之俄国，已有初步试验，而获得初步成功，全世界所有资本主义生产制的国家无不陷于经济恐慌的深渊，独苏俄日即繁荣。此一新的生产制之明效大验，众人之所周知也。

中国推翻帝制的革命，先于苏俄者七年。今日二者之荣枯，几不可比拟，其故可深长思矣！或谓共产主义不适宜于中国，是妄言也。此一终极目的，固非旦夕所能完成，亦非“和平”所能实现。为实现此目的而清除道路，中国共产党目前的任务：

一曰：反抗帝国主义以完成中国独立。盖以中国的海关、矿山、工厂、金融、交通等经济命脉，都直接、间接宰制在帝国主义之手，非采取革命行动，击碎此等宰制吾人之镣锁，中国民族的大业将无自由发展之可能。列强的海、陆军威吓着全国大都市，日本更以武力强占了中国领土五分之一，此而不加抵抗，或空言抵抗，欺骗人民，均与卖国同科，尚何“民族主义”之足云。

一曰：反抗军阀官僚以实现国家统一。盖以军阀官僚自由发动他们的内部战争以破坏经济；自由增加苛捐杂税及发行公债以饱私囊；自由制定法律以剥夺人民的自由权利；自由任用私人以黜抑人才，毁坏行政效率；甚至自由勒种鸦片、贩卖鸦片以毒害人民。军阀官僚政治不彻底肃清，所谓国家统一、所谓民力伸

张，一切都无从谈起。国家不统一、民力不伸张，而能抵御外患者，未之有也。未能内抗苛政之顺民，而能外抗强邻者，亦未之有也。国外帝国主义之宰制不推翻，国内的军阀官僚之毒害不扫除，即所谓发展资本主义的经济，亦属梦呓。中国将终于是半殖民的，终于落后而已。

一曰：改善工、农生活。盖以近代产业工人及其所领导之农民乃反抗帝国主义之主要力量。资本家、地主及其政府，在物质上、精神上压抑工、农，即不啻为帝国主义挫折中国民族解放斗争之锋刃。在农业的中国，农民之衰落，几等于民族之危亡。倘不没收地主的土地归诸贫民，农民终岁勤劳只以供地主之剥削，则不独无以挽回农业之就衰及农村之破产，而且农民购买力日弱，直接影响到城市工商业。即令能由城市输资设立农村借贷机关，亦不过向农民增加一种剥削机关而已。

一曰：实现彻底民主的国民立宪会议。盖以贤人政治及保育政策者只应是人民的权力。若仍尚贤人与保育，则谁是贤人，堪任师保，伊何标准，北洋军阀亦得而尸之。况当外患空前之今日，人民无组织，即无力量，无政治的自由，即无责任心，亦不应课以责任。若不立即实现全国人民的集会、结社、言论、出版等完全自由，实现普选的、全权的国民立宪会议，以制裁卖国残民的军阀官僚，一切政权归诸人民，集合全国人民的力量以解决全国危急问题，其何以立国于今日！

凡此为中国民族利益，为占全国人口大多数的劳苦人民利益而奋斗之大纲。予以前和现在都愿意公告全中国，只以政府之禁阻，未能达到全国人民之前耳。共产党是代表无产阶级及一切被剥削、被压迫人民的政党，其成功也，必期诸多数人民之拥护，而不尚少数人的英雄主义，更非阴谋分子的集团。予前之所思所行，即此物此志，现在及将来之所思所行，亦此物此志。“鞠躬尽瘁，死而后已！”一息尚存，予不忍眼见全国人民辗转悲号于

外国帝国主义及本国专制者两重枪尖之下，而不为之挺身奋斗也。

今者国民党政府因予始终尽瘁革命之故，而加以逮捕，并令其检察官向法院控予以“危害民国”及“叛国”之罪，予不但绝对不能承认，而且政府之所控者，恰恰与予所思所行相反。国者何？土地、人民、主权之总和也。此近代资产阶级的国法学者之通论，非所谓“共产邪说”也。故所谓亡国者，恒指外族入据其土地、人民、主权而言，本国某一党派推翻某一党派的政权而代之，不得谓之“亡国”。“叛国”者何？平时外患罪、战时外患罪、泄漏机密罪，此等叛国罪状，刑法上俱有具体说明，断不容以抽象名辞漫然影射者也。若认为政府与国家无分，掌握政权者即国家，则法王路易十四“朕即国家”之说，即不必为近代国法学者所摈弃矣。若认为在野党反抗不忠于国家或侵害民权之政府党，而主张推翻其政权，即属“叛国”，则古今中外的革命政党，无不曾经“叛国”，即国民党亦曾“叛国”矣。袁世凯曾称孙、黄为“国贼”，岂笃论乎！民国者何？民主共和国之谓也，亦即别于专制君主国之称。欧洲各国推翻专制者，流血以争民主，其内容无他，即力争宪法上集会、结社、言论、出版、信仰之自由权利，及实行不参政者不纳税之信条已耳。此不但民主共和国如此，即在民主政治的君主国亦如是也。“危害民国”者何？共和政府剥夺人民自由，剥夺人民之参政权，乃由共和到帝制之先声。罗马历史、十九世纪之法兰西及中华民国初年的历史均已遗同样之教训于吾人。即或不然，而人民无权利、无自由，大、小无冕之王，擅作威福，法律只以制裁小民，文武高官，则在议亲、议贵之列，是已共和其名而专制其实矣。倘遗实而存其名，彼军阀之魁，民主之敌，亦得以“三造共和”自诩，妄人亦或以“共和勋臣”称之。其实毁坏民权，罪即邻于复辟，以其危害民主共和国之实质也。若认为力争人民的集会、结社、言论、出

版、信仰等自由权利，力争实现彻底民主的国民立宪会议以裁判军阀官僚是“危害民国”，则不知所谓民国者，应作何解释？

国民党竭全国人民膏脂以养兵，拥全国军队以搜刮人民，杀戮异己。对日本侵占国土，始终节节退让，抵抗徒托空言，且制止人民抵抗，摧毁人民之组织，钳制人民之口舌，使之“镇静”、使之“沉着应付”。即使驯羊般在国民党统一指挥之下，向帝国主义屈服，宁至全国沦亡，亦不容人有异词、家有异说。而予则主张由人民自己扩大其组织与武装，对帝国主义进行民族解放战争，以解决东北问题，以完成国家独立，试问谁为“叛国”！

国民党政府，以党部代替议会；以训政代理民权；以特别法（如危害民国紧急治罪法及出版法等）代替刑法；以军法逮捕、审判、枪杀普通人民；以刺刀削去了人民的自由权利，高居人民之上，视自己为诸葛亮与伊尹；斥人民为阿斗与太甲。日本帝国主义方挟“武力征服”政策对待吾国，同时国民党政府亦挟同样态度以临吾民。最近竟公然以“背叛党国”之罪枪决新闻记者闻矣，而予则力争表现民主共和国实质的人民自由权利；力争实现普选全权的国民立宪会议；力争民主制扩大至其历史的最高阶段。予现在及将来都无篡夺民国为“党国”之企图。试问谁为“危害民国”？故予曰政府之所控者，恰恰与予所思所行相反也。

若认为一为共产党人即属犯罪行为，则欧、美民主国家若法、若英、若瑞士等均无此事。各国中之共产党人莫不有集会、出版、参加选举之自由权利，与一般人民无异，若认为人民发言反对政府或政府中某一个人，即为有罪，则只远在两千年前周厉王有监谤之巫；秦始皇有巷议之禁，偶语之刑；汉武帝更有腹诽之罚。彼时固无所谓言论自由也，而二十世纪之民主共和国，似乎不应有此怪现象。若认为宣传共产主义，即“宣传与三民主义不相容之主义”，即为“危害民国”（如危害民国紧急治罪法第六条），此乃欧洲中世纪专横黑暗的宗教法庭迫害异教徒、迫害科

学家，以阻塞思想信仰自由之事故，岂容复见于今日之民国！民国而若容有此，则不啻为日本帝国主义证明其“中国非近代国家”之说之非诬矣。

总之，予生平言论，无不光明磊落，无不可以公告国人。予固无罪，罪在以拥护中国民族利益；拥护大多数劳苦人民之故，开罪于国民党已耳。昔之“法利赛”不仇视罗马，而仇视为犹太人自由奋斗的“热狂党”。今之国民党所仇视者，非帝国主义，乃彻底反对帝国主义、反对军阀官僚、始终戮力于民族主义革命之共产党。日本帝国主义方夺取山海关、急攻热河，而国民党军队却向江西集中，其对待共产党人也，杀之、囚之，犹以为未足，更师袁世凯之故智，威迫利诱，使之自首告密。此并不能消灭真正共产主义者，只以破灭廉耻导国人耳。彼等此时有权在手，迫害异己之事，固优为之。予惟有为民族、为民众忍受一切牺牲，以待天下后世之评判。若于强权之外，复假所谓法律以入人罪，诬予以“叛国”及“危害民国”，则予一分钟呼吸未停，亦必高声抗议。法院若不完全听命于特殊势力，若尚思对内、对外维持若干司法独立之颜面，即应毫不犹疑地宣告予之无罪，并判令政府赔偿予在押期间之经济上的、健康上的损失！

陈独秀　民国二十二年四月二十二日

（原载《国闻周报》第10卷第17期，1933年5月1日版；《文史资料选辑》，1980年第1辑，安徽人民出版社出版）

第五章　司法独立与司法公正

——七君子之狱

在从正义性、阶级性等角度对于法的理念做了多角度探讨之后，有必要进一步探讨法的实践理论。任何法律的制定都是为了适用于社会活动之中，司法是法律的实施环节，司法理念也就成为重要的法学议题。司法公正是司法活动的基本要求。影响司法的公正的因素很多，既有内部司法程序的设计合理性问题、由于司法人员素质而对法律的领会的问题等，也有因外界干涉司法而使司法的独立性受到侵害等问题。维护司法活动按照其法定正当程序运作，就要避免来自政治权力、私人利益、舆论压力等方面的影响，否则也就谈不上公平和正义。在下面的七君子案中，我们对于其司法独立的问题作了分析。七君子案是陈独秀案后又一重大的历史案件，两案相距仅仅 4 年时间。七君子案案发于日本发动芦沟桥事变的前夜，而其审理前又发生西安事变，这些背景对七君子案都产生了深刻的影响。在中华民族生死存亡的关头，以沈钧儒等人为代表的爱国人士组织了一个全国性抗日救国民间团体——救国会。而在当时，国民党以“攘外必先安内”为由，不但不致力于抗日，反而与日本暗中勾结，图谋围剿红军，并镇压爱国运动。他们在日本帝国主义的授意下，悍然逮捕了救国会的 7 名领袖，造成了震惊中外的七君子事件。国民党当局的政治迫害受到国内外舆论的谴责，在法庭的审理中，七君子和律师推翻了被强加的不实之词。国民党当局多次干涉此案，最后不得不

释放七君子。本案给与我们的启迪之一就是必须在司法和政治权力之间划清界限，如果不能确保司法的独立，也就没有司法的公正可言。

一、案情介绍：因爱国而入狱的七君子案

20世纪30年代，日本帝国主义发动了灭亡中国的侵略战争。1936年，日本帝国主义加紧侵略的步伐，阴谋策动华北五省自治，取缔一切抗日运动，中华民族陷入了即将亡国灭种的空前危机之中。国难当头，有志之士莫不起而抗争，全国各地的救亡运动不断高涨。在5月底，以沈钧儒、邹韬奋等人为首在上海成立了全国各界救国会，形成了一个全国性的救亡组织。国民党当局无抗日之诚心，大搞秘密外交，出卖国家主权，同时对民间抗日活动横加摧残。就在救亡活动轰轰烈烈开展之时，11月22日深夜，早有戒备的国民党上海党部逮捕了沈钧儒、章乃器、邹韬奋、李公朴、沙千里、王造时、史良7人，"七君子"当即被分别押至江苏高等法院第二分院和第三分院受审。在庭审中，沈钧儒、史良、王造时、沙千里本身是著名律师，加上陈志皋、张耀曾、张志让等人为"七君子"辩护，使得上海市警察局的指控在法律上难以成立，第二分院裁定四被告保释。第三分院则当庭宣布另外三被告没有犯罪行为，法庭不予起诉。但是，仅仅在7人被释放十多小时之后，上海市警察局又以有"逃亡之嫌"，将他们先后关押。"七君子"入狱苏州，全救会及各界人士纷纷营救。北平文化界107人联合致电国民党政府要求"即日完全开释"，延安《红色中华》谴责国民党政府的高压政策。冯玉祥、于右任等在南京发起征集10万人的签名运动，"以表示民意之所依归，而促南京政府最高当局之觉悟。"国际知名人士如罗曼罗

兰、爱因斯坦、杜威、罗素等，都要求恢复沈钧儒等人的自由。12月12日，张学良、杨虎城发动西安事变，通电全国，八项主张其中之一就是要求立即释放被捕的爱国领袖。虽然全国各界强烈呼吁，但国民党当局一意孤行，在羁押期满以后，又延长两月，并于1937年4月3日提起公诉，起诉书中提出了危害民国的十大罪状。沈钧儒等人的义务辩护人张志让、张耀曾、江庸、汪有龄、江一平、陆鸿仪、刘崇佑、俞钟骆等21位律师，发表了长篇答辩辞，以大量的事实和充足的论据，驳斥了起诉书的诬陷。起诉书和答辩辞均在报纸上公开发表，成为全国关注的焦点，由于答辩辞理据充分，揭露了国民党当局罗织罪名，压迫救国的丑恶行径，更激起了全国上下对“七君子”的同情和对国民党的愤怒。6月11日和6月25日，江苏高等法院两次开庭审理“七君子”案，在阵容强大的律师队伍的有力辩护之下，法庭无法确认控方指控的罪名，但也不肯宣告“七君子”无罪。以宋庆龄为首的进步人士进一步发起了声援七君子爱国入狱活动，表示愿与七君子一同坐牢。迫于来自全国舆论的压力，国民党司法当局最后将七君子交予保释。7月31日，七君子重获自由。1939年1月26日，四川省高等法院裁定撤回当年对七君子的指控，七君子事件终以爱国力量的彻底胜利而告终。

二、对检方所列十项证据的驳斥

在本案中，检方以危害民国罪起诉沈钧儒等人，共列出10条证据。辩方律师摆事实、讲道理，对10条证据一一予以驳斥。整个辩护逻辑严密、论证充分、正气凛然，同时字里行间透露出救国家于危亡的拳拳爱国之心。虽然辩护辞长达数万字，但是条理分明，无任何冗言赘语，可以说字字珠玑，入情入理。概而言

之，辩方在辩护中采用了4种方式：

（一）查证本原。让事实说话，胜于一切雄辩。对本案检察官采取捏造事实，诬蔑救国运动的卑劣行径，辩方只有通过摆明事实，才能澄清原本，驳斥伪证，揭露其故意陷害的阴谋。辩方查证与事实不符合的地方，至少有4处：其一，起诉书第1条证据所谓在《全国各界救国联合会大会宣言》中有“列强攻苏之误，中国之剿共亦误”之语，经查该大会宣言中并没有这样的话，如此公然伪造证据，实属无耻；其二，起诉书第4条证据中认定救国会所用“联合阵线”、“人民救国阵线”系第三国际的决议，经查第三国际的决议案用的是“人民阵线”，两者名称、内容均不相同；其三，起诉书第7条证据指责被告用一份《斗争报》作为反证不妥，而查被告并未在审讯中引之为反证；其四，起诉书第5条证据以及第2、10条等处中载有或涉及罗青供诉章乃器“命其担任组织江苏各界救国会”，查罗青状供并无此言。凡此种种不实之辞，辩护辞中还列举了不少。

（二）阐明语境。同一词句，在不同的语境中，有不同的含义。确定某一词句的真实含义，就一定要结合上下文，看其在文中的使用，方能明了。如果有别有用心之人，将某些词句从所在的文章中割裂出来移做他用，势必造成断章取义，曲解本意而成其故致人罪之图谋。辩方律师明察动机，申明原委，从词句出处及人事常理来进行分析，揭穿了检方数次有意歪曲陷害之指责。其一，起诉书第一条证据中关于救国会有类似“反共之误”的词句，其实是指亲日派梦想与日本帝国主义联合反共，结果可能是反共不成，国家已亡于日人之手。而类似“攻苏之误”的词句是指西方列强因迷信日本进攻苏联之烟雾，而致坐失远东的利益。至于否认苏联和共产党是中国民族的主要敌人，乃是基于中华民族之主要敌人为志在亡我的日本的前提上说的。所以，从原文语境看，都完全不是起诉书所说是意图阻挠中央根绝共产党；其

二，起诉书第5条证据称救国会“含有制礼作乐的宪法是多余的”等语是抨击宪法，查救国会《政治纲领》关于宪法的评论原文为：“大会认为在这国难空前严重的时候，含有‘制礼作乐’意味的宪法是多余的”，原文意思是在国难严重的时候，救亡图存为当务之急，现今国且不保，何谈如此的宪法呢？而且国民党征求大家对宪法发表意见，这本来就是意见之一，实无不可之处。所以只有联系上下文才能完整理解这层意思；其三，起诉书第6条证据摘录片言只语，指责救国会发表煽动工人罢工的传单，辩方指出救国会的传单中意思是要求政府组织当地民众防备日寇，并非煽动蛊惑。

（三）辨析概念。法律惯以严谨为特点，最讲究用词准确，而最忌讳相互混淆，指代不明。检方在本案中几处都出现混淆词语，乃至指鹿为马而致人获罪的情形，辩方对此都予以详细辨析，区别词义，驳斥指控。此中最明显的是两处，其一，起诉书第二条证据指责救国会“建立统一的抗敌政权”的主张是不承认现政府，欲另组织政府。辩方认为其错误在将政府与政权混为一谈。政府是国家的机构，而政权是这一机构所发挥的力量。同一政府可以发挥不同的力量，所以权力的变更，并不影响其组织。又举两广统一为例，说明了中央政权扩大后，其组织没有丝毫的改变。而救国抗敌的政权也是在现政府的统治之下，这个道理无疑是很清楚的了。其二，起诉书第4条证据指责救国会使用的“人民救国阵线”出自于西班牙共产党主持的人民阵线，因此有“国际背景、政治野心”。辩方对此用了很大一部分的篇幅陈述了救国会所用的“联合阵线”、“人民救国阵线”等口号与“人民阵线”的区别。救国会“联合阵线”是以救国为宗旨，是对外的机构。这一机构既与对内性质的西班牙和法国的人民阵线不同，也不是第三国际第七次代表大会通过所提出的人民阵线，与共产党是没有直接的关联的。因此驳斥了控方穿凿附会，致人罪名的意

图。

（四）划清界限。任何辩护的最终目的，莫过于为自己争取有利的地位，而在罪与非罪、重罪与轻罪中划分界限，将自己尽可能划到承担最少罪责的领域。界限问题是系关全局的主脉。在本案中，检方以危害民国罪起诉，他们竭尽全力罗列证据，企图将救国会与共产党、第三国际以及张学良发动西安事变等联系起来，而辩方的指导思想也就是通过事实和分析来表明自己纯属于旨在联合抗日的独立民间团体，无任何国际和共产党背景，与西安事变也没有任何的干系。

其一，划清与共产党的界限。这里主要涉及了这么几个问题。首先，是否偏袒共产党，为共产党张目？起诉书里从救国会文件、宣言中摘录了不少材料，比如声称“剿共之误”，要求停止内战，释放政治犯，称共产党为主要党派，要联合共产党以及各党各派，建立统一的救国政权等。对此，辩方对于被告的态度予以了严肃的申明。所谓“剿共之误”是指如国民党联合日本来剿共则为误，并非阻挠剿共。被告认为，在联合阵线中，国民党是领导，共产党不过为被联合各党各派中之主要者，共产党本身已要求红军停止攻击中央军，对地主、富农采取宽容态度。加之蒋介石谈话中声称对各党派都不歧视和排斥，因此，被告的这些态度实无不可。其次，关于共产党人加入救国会的问题。起诉书提到共产党团体火花读书会加入了救国会并被编为第一四三三组，而查救国会只接受个人加入，不可能允许其加入并编组。而且如若有共产党人加入，恐怕也不是那么容易辨认，这不是救国会所能控制的。第三，人民救国阵线之名是否是共产党标语、有没有阶级作用、党派背景及对内革命性质的问题。起诉书称人民救国阵线之名是共产党口号，比之于西班牙内战提出的人民阵线。辩方引用邹韬奋在《生活日报》的文章证明，救国会用人民救国阵线之名是对外性质，无阶级性，全体中国人均可参加，属

于一致对外实现民族解放的问题，而与西班牙和法国人民阵线对内革命的性质不同。第四，关于毛泽东答复沈钧儒等信函的问题。起诉书摘录了信函中抨击宪法、国民大会以及要求救国会参加苏维埃政府等语，并称与被告批评宪法"制礼作乐"是相符合。辩方指出被告提出的批评意见是应政府征询意见而作为反馈的，与毛泽东信函中所持反对立场没有丝毫的关系。除以上各点，辩方还在其他一些地方划清与共产党的界限，如救国会促成统一的抗敌政权与共产党建立统一的民主共和国有别等，并尽量回避在与自己不甚相关的有关共产党的话题上表态，以防授人以柄。

其二，划清与第三国际的界限。1919 年在莫斯科成立的共产党第三国际是各国共产党和共产主义组织的国际联合组织，为领导世界无产阶级革命的指挥部。中国共产党于第二次全国大会议决正式加入第三国际，称为国际共产党中国支部。同时，中国共产党领导下的工会组织、社会主义青年团和妇女组织，也分别加入第三国际领导下的赤色工会国际、共产主义少年国际和共产主义妇女国际。1927 年国民党反动派发动反革命政变后，蒋介石等随即宣布"与列国一致反对第三国际"。第三国际第七次代表大会有关于中国成立人民阵线的决议案，内有扩大苏维埃运动，巩固红军，开展全国反帝运动等。起诉书认为这些内容连同中共制定的在救国运动中反对国民党政府的口号等与救国会的观点相一致。辩方认为，救国会使用的是"联合阵线"、"人民救国阵线"的口号，所有文件都没有用"人民阵线"这个词，而且这个"联合阵线"的含义指的是全民族联合抗敌救国，不能与第三国际以及外国提倡的人民阵线相混淆，因此不存在与第三国际有什么联系的问题。

其三，划清与张学良等发动西安事变的关系。西安事变是张学良、杨虎城领导的东北军发动的一场兵谏，直接扣押了国民党

最高统帅蒋介石，逼蒋抗日。此事刚刚过去，起诉书就不顾事实，竟然认定被告“勾结军人，谋为轨外行动，驯至酿成巨变，国本几乎动摇，名为救国，实则害国”，真乃骇人听闻，罪名不可谓不大矣！辩方在答辩中首先用庭审中被告不赞成兵谏的回答表明了对事变的态度，然后一一对检方的指控予以回击。张学良在通电中要求释放救国会被捕领袖，这是张学良等人的主张，而且全国上下要求释放被告的不止于他，而救国会又无法禁止别人发表主张，这怎么能证明救国会与他们都有勾结呢？西安救国会没有申请参加全国救国会，因此所有的事情，全国救国会并不知悉。全救会曾经给张学良发电，要求其援绥抗日，但是报纸上此类电文甚多，这些呼吁援绥抗日的电文，可以说和西安兵谏毫不相干。而救国会提出在国民党领导下建立抗日政权的主张本无有错，张学良提出改组政府的要求如相吻合，也不能证明先有什么合谋。以上这些，尽管西安事变中，张学良提出的要求不少与救国会有类同之处，但是这些主张也是当时全国上下广大民众之要求，而非救国会一家之主张，而且救国会并不能禁止他人的主张与救国会相同，因此，如若救国会以此获罪，实是冤屈。实际上，张学良本人对“七君子”入狱十分愤慨，还曾为此找过蒋介石，要求释放他们，结果遭蒋训斥。在导致西安事变的种种因素中，“七君子”入狱也或是其中之一，但是即便如此，是张学良主动要求释放被告，与被告本人仍然是没有什么关系的。所以可以证明的是，国民党当局企图诬蔑被告与张学良勾结发动西安事变来陷害救国会，其用心不可谓不毒也。

三、法理辨析：司法独立、法与国家利益之冲突以及罪刑法定原则

本案中，国民党当局出于政治需要，罗织罪名，迫害爱国进步人士和正义力量，实际上暴露了其所谓“司法独立”的虚假。“七君子”因救国而招指控，揭示了当时维护国家民族利益与遵循既有法律的矛盾。而在具体的法庭交战中，涉及的法理问题主要是罪行法定原则等内容。

（一）司法独立与政治干涉的问题

司法独立来源于三权分立学说。孟德斯鸠曾经在其代表作《论法的精神》中讲道：“如果司法权不同立法权和行政权分立，自由就不存在了，如果司法权和立法权合而为一，则将对公民的生命和自由实行专断的权力，因为法官就是立法者，如果司法权和行政权合而为一，法官便握有压迫者的力量”（第155页），因此避免立法权、行政权和司法权的混合是司法公正的保障。提出司法独立就是要求司法活动不受任何机关或者个人的干涉，司法机关以外的任何团体、个人（包括司法机关内部的上级部门）在司法活动中要求做到四不，即不侵权、不介入、不施压、不妄评，以保证司法程序的正当性和结果正确性。美国1787年宪法规定：合众国的司法权属于最高法院和低级法院。法国1791年宪法规定：在任何情况下，司法权不得由立法议会和国王行使。孙中山考察了西方资产阶级各国的做法，同时总结吸收了中国古代考试和监察制度，形成了立法、司法、行政、考试和监察的五权分立学说，而司法权是作为其中平行独立的权力之一。国民党政府的五权分立，是按照孙中山的思想蓝图设计的，其所谓的司法一元主义，就是司法独立，即有关刑事犯罪者的逮捕、拘禁、

审问、处罚必须由司法机关即统一的法院办理，不由行政机关处理，也不受没有法律特别规定以外的特别法院管辖。当时按照“五权宪法”要求，国民政府由行政院行使行政权、司法院行使司法权，形式上实现了司法与行政的分立。但是南京国民政府搞“以党训政”和“司法党化”，无论是行政还是司法都要受到国民党的节制，因此实际上不存在真正独立的司法权，一切重大司法问题都要由国民党中央政治会议决断。从七君子案看，对七君子的几次法律裁定完全都是根据国民党的政治需要作出的，从逮捕、审判到保释，这个过程，与其说是司法案件的处理和审结，不如说是一个政治事件的演绎和发展。

首先，由于救国会与当局政策相左，招致嫉恨和打击，是“七君子”蒙冤入狱的起因。救国会主张全国停止内战，联合包括共产党在内的全国各党各派、各界人士，共同抗击日本帝国主义的侵略。而国民党当局奉行“攘外必先安内”的政策，企图消灭共产党力量，而对日本帝国主义屈辱退让，甚至与日勾结，取缔抗日活动。在各地纷纷成立各种救国会之初，国民党中宣部就在《告国人书》中，诬陷救国会是被共产党利用，“以作其祸国的烟幕”。而救国会的宣言“不曰反对中央，既曰颠覆政府，是皆利用‘救国’的呼声，以作其叛逆行为的掩护”。在全国各界救国会成立后不几日，上海市长发表谈话，指责救国会“这个团体简直是一个反动的东西”，真正的救国“不是几个文化人做几篇文章就能办到的。救国是一个军事行动”，是“军事秘密和外交秘密”。救国会的活动被当局视为大逆不道，必欲除之而后快。在绥远抗战爆发后，全国援绥抗日运动热烈开展，上海日商纱厂工人不堪日本资本家的压榨举行罢工，得到救国会的大力支持。此事更进一步触怒了国民党当局，加之来自日本帝国主义的压力，蒋介石终于下令逮捕“七君子”。因此可以说“七君子”的被捕，是当局图谋迫害的结果。

其次，审判及最后的释放均为当局所操纵。“七君子”被捕后，全国上下积极救援，海外人士来电关注。12月12日，西安事变后，“七君子”的命运可谓一波三折。开始，由于张学良等在提出的八项主张中包括释放“七君子”等政治犯的要求，国民党竟然迁怒于“七君子”，陈立夫等人叫嚷着要枪毙他们，以警告张学良、杨虎城。后来，国民党三中全会接受了抗日民族统一战线的政策，因此救国会所倡导的停止内战、团结抗日的局面已经出现，按理应将“七君子”无罪释放。国民党政府一部分要人和司法部长、江苏高等法院检察官等都表示要取消羁押。但是由于来自国民党最高层的压力，4月3日突然又提起公诉，罗织了“十大罪状”。国民党当局做贼心虚，确实也担心在法律上站不住脚，采取“多调查，少开庭”的办法，以“避免法律上社会上之若干重大麻烦”，甚至原定的公开审判，到开庭时又临时宣布取消。最后，由于国内形势的转变，特别是以宋庆龄为代表的各界人士的大力营救，全国舆论的积极声援，国民党才不得不释放了“七君子”。在这里，有一件当时轰动全国的插曲，就是国母宋庆龄自请入狱的爱国行动。当时以宋庆龄为首的一批爱国人士，基于对国民党当局囚禁救国会领袖的行为十分愤慨，同情“七君子”，发起了爱国入狱活动，著名的电影界人士应云卫、袁牧之、赵丹、郑君里、白杨和著名作家何家槐，以及许许多多的大教授、工商巨子，当时都签名表示愿意追随宋庆龄为救国去坐牢，国民党元老何香凝女士也提出要随行入狱，搞得国民党当局狼狈不堪。但是，我们除对于宋庆龄的爱国情怀表示由衷的敬佩之外，也需要指出的是，这种方式同样也是一种干涉司法的行为。此事件凸现了国民党当局法律制度的严重政治化倾向，就是说你国民党以政治方式干预“七君子”案，那么也就使得别人不得不用施加压力和影响的方式来干预此案，这是同一个道理。假使其司法一贯就是公正和独立的，别人何能用此方法来制造舆论，施

加影响呢？宋庆龄为爱国有罪而申请入狱也是迫不得已的事情，宋庆龄是救国会的领袖，当初蒋介石在西安事变中亲口答应的八条要求，其中之一即释放“七君子”等人，可是回南京后又自食其言。因此宋庆龄发动此运动，造成全国声势，来迫使蒋介石下令释放“七君子”。实际上要抓要放都是蒋介石说了算，之所以要审判“七君子”，无非想给自己找一个台阶下，证明自己当初抓人是对的，这些人确实犯有“危害民国罪”；现在放人也是对的，是我蒋某人宽宏大量。他设计引诱“七君子”写出“悔过书”，然后再用取保释放的办法来了结此事。可是“七君子”坚决不承认自己有罪，不肯写“悔过书”，最后才不得不搞一场审判的表演。

综观全案的经过，可以说在国民党统治之下，法律不过是政治的附属，成为了国民党迫害爱国进步人士的工具，司法独立没有保障，也就没有司法公正可言。

（二）国家利益与法律的冲突

国家利益为国家中全体公民的利益。法律是统治阶级的意志的反映，代表了统治阶级的利益，因此法律不一定代表大多数公民的意愿。当法律不能代表大多数人利益的时候，国家和民族的利益与法律的矛盾就会发生。在这种特殊的情况之下，国家和民族利益要求改变法律的现状，但是由于法律本身是掌握在部分特权阶级手中，因此这种改变的要求表现为一种政治斗争，两者处于对峙、冲突的状态。维护国家民族的利益可能导致对于法律制度的一种违背，而如果严格遵循法律则会因为放弃国家利益最终导致国家的丧失和民族的衰亡，从而使整个法律都失去根基。在20世纪30年代的中国，面对日本帝国主义的侵略，中华民族到了亡国灭种的边缘，在此国家民族生死存亡的关头，抗击侵略，救亡图存就是最为紧要的任务。在此任务之下，一切的行为规则、运行机制都要受其影响。因此，在本案中，救国会的最大的

合理性莫过于救国这一主旨，一切的行为、主张，即便是违反了当时的法律、规定，但是如果确实是出于救国的理由，可以说就有了道义上的正义性。法律的使命在于维护社会的公正，在于扶植正义，伸张正气，否则这种法律就是与社会公正与进步相违的法律，也就失去自身存在的合理性。

比如，关于容共的问题。起诉书指责救国会以救国为名，有意阻挠国民党中央消灭共产党的政策。从救国会的宗旨看，它号召各党各派团结起来，停止内战，一致对外，承担起拯救中国危亡的重任。这一主张，虽与国民党的政策有矛盾，但是却是正义的，也得到舆论的肯定。当时的《广西日报》就评论道："此案在中央言之，虽为危害民国，勾结共党，罪无旁贷，而在民众乃至一般地方的当局看来，则以为献身救亡，呼吁抗敌，大义凛然，功在青史。"因此，国民党政府也是断然不敢轻易定罪，以免招致迫害爱国忠良的指责，如同南宋秦桧留下千古骂名。而从"七君子"被捕到庭审，国内形势有所变化。期间，国民党召开了三中全会，开始被迫接受抗日民族统一战线的政策。答辩状援引了国民党三中全会的决议案对共产党"以博爱为怀，决不断人自新之路"等语，认为这与救国会要求共产党方面停战加入联合阵线的主张精神是一致的。当法庭问及对共产主义和共产党的态度时，沈钧儒从救国宗旨出发做了恰当的回答。沈驳斥检察官所称被告宣传与三民主义不相容的主义，他说"我们的主义是抗日主义，就是救国主义"，而对于共产党的态度则是"在抗日的前提下，可以联合共产党，因为能够不损国力，团结一致"，"假使共产党利用我抗日，我甘愿被他们利用，并且无论谁都可以利用我抗日，我都甘愿被他们为抗日而利用"。因此，如果沈钧儒等人为所谓"容共"而受罚，也就等于宣布他们抗日有罪了。

再如，救国会作为团体的合法性问题。起诉书指责沈钧儒等人以危害民国为目的，私立救国会。实际上，救国会的宣言、行

动都是公开的，救国会成立时，上海市政府曾表示愿意合作，而且救国会向三中全会请愿，政府也正式派员接见。但是在程序上，救国会并没有依法登记，救国会是一个非法的团体吗？不能这样简单地下结论。当时的情形是，国民党政府与日本曾经签署协议，答应取消抗日运动，因此是不可能批准一个以抗日为宗旨的团体成立的。但是国民党又不能不许抗日，因此如果救国会“以抗日之团体请求登记，照准则于外交或有不便，不准则将招阻碍抗日之误会，徒使政府为难，并无丝毫实益”。结果，全国各类救国会作为民间的抗日组织都是在一种默许的情况下存在的，既然如此，如果国民党不是有意取缔抗日救国来违背国家民族之大义，也就不能以所谓“私立”和非法的名义来迫害救国组织。

（三）罪刑法定原则

法律的本意就是设立公共的规则，区分哪些行为是社会成员可以做的，哪些是不可以做的。所以法律要明示，律条要清楚，罪与非罪界线要明晰，处罚要得当，这是法律本身的要求。在我国古代就有“三令五申”之言，而古罗马的“十二铜表法”是刻之于铜柱、立之于罗马广场上，以明告天下。但是，罪刑法定作为司法原则是资产阶级反对封建司法专横时，由启蒙思想家卢梭、伏尔泰和孟德斯鸠等人提出的。意大利的贝卡利亚在《论犯罪与刑罚》一书中，作了明确的表述：“只有法律才能对犯罪者规定刑罚……超出法律的刑罚是不公正的，因为它是没有法律规定的另一种刑罚。”后来资本主义各国在立法中对罪刑法定原则作了规定。如法国《人权宣言》第5条：“法律仅有权禁止有害于社会的行为，凡未经法律禁止的行为即不得受到妨碍，而且任何人都不得被迫从事法律所未规定的行为。”第8条：“法律只应规定确实需要和显然不可少的刑罚，而且除非根据在犯法前已经制定和公布的且系依法实行的法律外，不得处罚任何人。”国民

党政府在刑法中也规定：“行为之处罚，以行为时之法律有明文规定者为限。”当然他们所标榜的罪刑法定，其实际不可能完全实行。

罪刑法定原则是控辩双方都必须遵循的准则。要证明被告有罪，除非有证据证明被告的行为确实违背了某法条，否则是不能定罪的。因此，罪刑法定原则对控方提出了较高的要求，当然这种要求是完全合理的，它保护了作为被告方不受任意的、不公正的惩罚。在案件的审理中，被告方总是利用这一条来为自己争取最大的利益，最大限度地减除自己的罪责。被告的律师在这其中往往发挥了重要的作用。在本案中，检察官提出了十大指控，而且似乎都言之凿凿，而“七君子”和他们的律师作了精彩的辩护，对每一个指控都作了十分有力的申诉。具体说，有下面的两种情况，一种是形似实非，不能获罪。比如，粗粗一看，政府和政权好像是一回事，反对现政府和反对现政权是一样的违法，而实际上政权是可以改变的，可以扩大、改组，都是合法的，因此救国会的主张是在合法范围内的。救国会纲领的“人民救国阵线”和第三国际或西班牙的“人民阵线”，字面上差不多，其实前者是对外，没有阶级性和对内革命性；后者是对内的革命组织，因此不能以后者违法来判定前者违法。另一种则是法无明令禁止，不可落罪。如国民党明令剿共，但是没有明令禁止共产党抗日，那么鉴于大敌当前，挽救民族危亡的迫切需要，救国会呼吁共产党抗日，也是无可指责的；救国会纲领中提出要释放政治犯，这一要求并没有触犯什么法律，不可列为不承认现政府的罪证；当时国民党政府承认西班牙人民阵线政府，那么救国会援助西班牙人民阵线政府当不在禁止之列。总而言之，本案的辩护充分运用了法无明文规定即不能定罪的原则，驳斥了起诉书的大量不实之辞和错误的推理论证，在当时的法律条件下，最大限度地为被告作出了合法辩解，同时也是最大限度地保护了被告的自由

和合法权利。

四、对我国现阶段司法独立问题的一些思考

前车之覆可为后车之鉴。司法独立是法治的基本前提之一，是当前我国法律界和学术界关注的热点问题之一。虽然本案的司法独立与我国现阶段的司法独立是不同性质的问题，但历史总有借鉴意义，可以启发我们关于我国现阶段司法独立问题的一些思考。

新中国成立后，特别是改革开放以来，我国的法制建设在新的历史阶段，取得了飞速的发展。我国当前的法律体系已经比较完备，司法程序走上了正轨，法律知识的普及和民众的法治意识已经有了很大的提高，依法治国的观念深入人心。但是，由于历史上人治观念的积淀在短期内难以完全消除，对法律运行的良性程序在文化、观念上还没有充分的认识，在制度上也没有十分完善的机制。司法独立作为我国法律制度的一项基本原则，已经被规定贯彻到司法实践中，在多年的实践之中，经过不断改革，取得了较大的进步。当前，包括加强司法独立在内的司法改革仍然在继续进行，其中关于司法独立方面有几个问题是值得关注的。

（一）干预司法和监督司法。干预司法是用不正当的方式来影响司法活动，使司法结果偏离公正的裁决，违反了司法独立的原则。而司法监督是对司法独立的必要补充，可以监督司法公正的实施。两者都是来自司法活动之外的因素，如何区分什么是干预，什么是监督，要从司法独立的内涵来分析。司法独立，有德国的法学家认为包括这么几个方面：（1）独立于国家和社会间的各种势力；（2）独立于上级官署；（3）独立于政府；（4）独立于议会；（5）独立于政党；（6）独立于新闻舆论；（7）独立于国民

时尚与时好；（8）独立于自我偏好、偏见与激情。[1] 总之，是独立于政府、政党、议会、各种势力团体以及大众偏好和情感等因素。这些方面诚然已经非常的全面，但是什么是“独立”的含义？在任何国家，法院都不是独立王国，而法官也是普通人，不可能隔离于大众社会之外，司法活动暴露在观众的注目之中，司法的独立当然也不是绝对的。“独立”的起码限度是司法活动不受外界的操纵，而法官也不用冒着因公正裁决而面临失去既有利益之危险，也就是说不要出现“拿着法帽去乞讨”的事情。一旦外界对司法活动的影响超出了这些限度，那么就是干涉司法独立的行为。当前外界对于司法的干涉，对现实司法活动仍然有较大的影响，在一定程度上影响了司法的独立和公正。特别是长期以来，传统的政治文化观念重伦理而轻法律、重人治而轻法治，使我国的法制观念比较滞后，权大于法、行政干预司法的现象在一些地方不同程度的存在。如何建立有效的机制来规制行政干预，是当前系关推动司法活动程序化、理性化和独立化的重要议题。而在合理范围内对于司法活动的监督是十分必要的，它符合限制权力的原则，司法权同样要进行监督和限制，没有监督的权力必然导致腐败。司法既要接受舆论的监督，又要接受来自人民代表大会的监督。在当今中国，良好的监督对于司法的独立公正不但不是一种羁绊，反而是一种促生剂，使一个完善的司法体系尽快形成。

（二）关于人大监督的争议。在我国当前体制，司法活动受到人大的监督。这种监督呈日益发展的趋势，各地在监督形式等方面作了探索，出现“个案监督”等方式。但是，对人大的监督一直就有争议。特别是一些学者和法院部门的同志，对人大监督有不同的看法。主要的观点是认为，司法审判的独立性与司法权

---

① 转引自史尚宽：《宪法论丛》，第 329 页。

的专有性、权威性和终结性相联系，公正的审判必须排除来自来法律以外的任何影响和压力，哪怕这种压力是一种所谓更高的正义。引用美国学者亨利·米斯的话说，就是："在法官作出判决的瞬间，被别的观点、或者被任何形式的外部权势或压力所控制或影响，法官就不复存在了。"① 司法审判的彻底独立性和终结性将提高法院的权威，在公众中树立对于司法的判决的敬重，真正建立法治观念和法制的社会。有鉴于此，不少学者对人大监督持保留态度，特别对个案的监督，认为过于具体，对于司法实践干预过多。坚持人大监督的理由主要有三点：从我国的政治体制看，人大是最高的权力机构，代表全体人民行使权力。一府两院都出自人大，由人大任命。人大这一地位决定它对法院的审判负有监督的职责；从权力理论看，任何没有监督的权力都会产生腐败，在司法领域也不例外，这也是人大从司法之外监督的依据；从实际的效果看，我国目前的法官素质、执法水平有待提高，司法活动中存在不可忽视的腐败现象，人民群众对此不满，人大的监督对于纠正冤假错案、确保审判公正尤有必要。这些争论应该是有益的，无论如何，它促使我们深入探讨我国当前司法独立的实施特点，以及如何通过这一原则来真正实现审判公正的问题。司法独立本身是一种手段，我们真正的目的是要保证结果的公正。在实施这一手段中，既要结合实施的对象的政治体制，又要综合考虑执法者本身的素质能否确保其在执行中贯彻基本准则，否则再好的手段和方式也没有用。当前对于人大监督的争论更多倾向于监督的方式和方法，其核心问题是是监督和干预的合理界限，比如对于"个案监督"是否合适的争议比较多。这些都是可以进一步探讨的问题。司法独立的观念的确立和实践中的前进，表明中国的法制建设取得的进步，但是路还是很长，需要我们对

① （英）罗杰·科特威尔：《法律社会学导论》，华夏出版社 1989 年版，第 236 页。

此付出更多的智慧和辛劳。

五、案例资料选编：沈钧儒等答辩状等

人物介绍：沈钧儒

沈钧儒，字秉甫，号衡山，浙江嘉兴人。1875 年生于苏州。1904 年中进士，授刑部贵州司主事。后入东京法政大学速成科留学。1907 年，回国办学并从事立宪活动，曾参与组织立宪国民社。1912 年 5 月参加同盟会。辛亥革命爆发后任浙江临时警察局长、军政府教育司长。后参加反袁护法，曾任广州军政府的检察长，积极支持国共合作。1927 年被国民党逮捕，后经营救获释。1928 年在上海法科大学任教，同时兼行律师职务，是当时最有名的大律师之一。沈钧儒按其名望本可有高收入，但他接案有所选择，对贫苦人或受难的革命者的案件常常是免费辩护，而且还给予资助，因此被称为“政治律师”。1936 年 5 月沈钧儒与邹韬奋等人发起成立了全国各界救国联合会。同年 11 月，与邹韬奋、李公朴等 7 人被国民党逮捕，被称为“七君子”。1937 年七七事变后获释。此后，继续从事抗日救国运动，曾在武汉筹组抗敌救亡总会，并创办《全民》周刊。1941 年倡议组织中国民主政团同盟。抗战胜利后，全国各界救国联合会改名为中国人民救国会后，任救国会主席。中华人民共和国成立后，曾担任最高人民法院院长、全国政协副主席，全国人民代表大会常务委员会副委员长以及中国民主同盟副主席、主席等职。1963 年病世。

江苏高等法院检察官起诉书

（1937年4月3日）

被告沈钧儒（男，年六十四岁，律师，住上海愚园路桃源坊五十一号）

王造时（男，年三十五岁，律师，住上海地丰路七号乙）

李公朴（男，年三十六岁，量才补习学校校长，住上海愚园路亨昌里二十四号）

沙千里（男，年三十五岁，律师，住上海爱文义路五百二十四弄十四号）

章乃器（男，年四十一岁，大学教授，住上海台拉斯脱路慈惠村二十四号）

邹韬奋（男，年四十二岁，《生活星期刊》主笔，住上海辣斐德路六百零一弄四号）

史良（女，年三十三岁，律师，住上海辣斐德路辣斐坊一号）

陶行知（男，余未详）

罗　青（男，年三十六岁，现无职业，住首都玄武湖寰洲三十五号）

顾留馨（男，年二十九岁，经商，住上海公共租界爱文义路一五二八号）

任颂高（即任崇高）（男，年五十七岁，小学教员，住上海杨树浦临清学校）

张仲勉（男，余未详）

陈道弘（同上）

陈卓（同上）

右开被告，因民国廿五年度侦字第十四号危害民国一案，业

经侦查终结，认为应提起公诉。兹将犯罪事实及证据，并所犯法条，叙述于后：

犯罪事实及证据

缘沈钧儒、王造时、李公朴、沙千里、章乃器、邹韬奋、史良及在逃之陶行知等八人，因不满意于现政府，在上海以联合各党各派抗敌御侮为名，倡人民救国阵线口号，先组织文化界、职业界、妇女界各救国会，嗣又联合大学教授救国会，学生界救国会，工人救国会，国难教育社等团体，组织上海各界救国联合会，并发表刊物，以资号召。未几复扩大范围，组织一全国各界救国联合会，于民国二十五年五月三十一日，假上海公共租界青年协会开成立大会，发表《全国各界救国联合会成立大会宣言》、《抗日救国初步政治纲领》。同年七月十五日，沈钧儒与章乃器、陶行知、邹韬奋四人，又发表一小本刊物，标题为《团结御侮的几个基本条件与最低要求》，主张停止内战，释放政治犯，并与红军议和，建立一统一之抗敌政权。维时，逃窜在西北之共产党毛泽东，在报纸上见及沈钧儒等所发表之言论，遂亦具函回答，引为同调。沈钧儒等得此响应，自分所愿获偿，乃益图扩展，复遣罗青担任组织江苏各界救国联合会。从此动作日趋急进，并刊行《救亡情报》，对于中央施政方针多所抨击，用以削弱民众对于政府之信仰。适上海日商各纱厂发生工潮，沈钧儒等认为有机可乘，复借此组织罢工后援会，募集款项，接济各工人，意在使其与救国会取一致行动。当经前上海市公安局派员会同上海公共租界及法租界捕房，将沈钧儒、王造时、李公朴、沙千里、章乃器、邹韬奋、史良等七人拘获，除史良于取保后逃匿外，遂以沈钧儒等涉有"勾结共产党，组织非法团体，煽动罢工罢课，扰乱地方秩序，图谋颠覆政府"各嫌疑，连同证件移送侦查到院。嗣同案被告史良亦于侦查中，自行投案，同时罗青亦在江阴县被

获，送由军事委员会军法处转送归案侦查。正办理间，复有顾留馨、任颂高、张仲勉、陈道弘、陈卓等五人，以上海各界救国联合会代表名义，具呈请求回复沈钧儒等自由，当以该顾留馨等均系上海职业界救国会会员，任颂高并兼任该会理事，不无共犯之嫌，因予一并侦查。兹经侦查明晰，认本案各被告共犯以危害民国为目的而组织团体，并宣传与三民主义不相容之主义属实。

上述犯罪事实，依左列各证据认定之：

（一）《全国各界救国联合会大会宣言》内有："列强攻苏之误，中国之剿共亦误"，"少数别具肺肝的人们，依然认为苏联和共产党是中国民族的主要敌人。"证以《救亡情报》中，类此主张者，亦不一而足。查共产党祸国情形，为人所共见，其宗旨与三民主义显不相容，被告等竟组织团体主张不应讨伐，并公然指摘政府历来剿共为错误，其有意阻挠中央根绝赤祸之国策，极为明显。

（二）前项宣言，除主张立时释放政治犯外，并称："各党各派立刻派遣正式代表，人民救国阵线，愿为介绍进行谈判，以便制定共同抗敌纲领，建立一个统一的抗敌政权"等语，证以《抗日救国初步政治纲领》亦有"迅速地建立起来一个统一的救国政权"字样，核与章乃器交与罗青《共产党致国民党书》所载"我们赞助建立全中国统一的民主共和国"，"拥护全国统一的国防政府"各节，如出一辙。查被告等同在国民政府统治之下，沈钧儒与罗青并自称"亦系国民党党员"，明知国民党为中华民国建国之惟一机构，国民政府为中华民国之惟一政府，乃竟侪之于各党各派之列，妄倡人民救国阵线，自称"愿为介绍谈判"，曰"立时释放政治犯"，曰"立刻派遣正式代表"，曰"迅速建立一个统一的救国政权"，措词荒谬，肆无忌惮，其不承认现政府为有统治权，并欲于现政府外更行组织一政府，已可概见。

（三）沈钧儒、章乃器、陶行知、邹韬奋四人所发表之《团

结御侮的几个基本条件与最低要求》刊物内有："和红军停战议和共同抗日"，"这里所谓各党各派，主要的自然是指中国共产党"，"现在共产党已经提出了联合抗日的主张，国民党却没有表示，这结果会使一般民众相信倒是共产党能够顾全大局，破除成见。"陶行知于《生活》杂志所着论文，亦明认"红军为中国三大集团之一"。其有意为共产党张目，并削弱民众对于政府及国民党之信仰，可见一斑。况经讯以"共产党是无国籍的，是抱世界主义的，怎能救国?"据沈钧儒答："我们没有研究到这个问题"（二十五年十二月二十三日讯问笔录）。又讯以"中央军队于一二八及长城之役，参加抗战时，红军均在后方乘危反攻，何能更与合作，并究以何法保证其不生后患?"被告等对此亦均不能为充分之解答，仅谓："合作之后，如敢倒戈，不难用政府及民众力量制裁之。"更就李公朴所述"我就书报上看来，他（指共产党，下句同）是主张抗日的，但他是否真有抗日决心，还是一个问题"（同上日期，讯问笔录）参互以观，是共产党是否具有抗敌御侮决心，尚不可知，乃被告等既侪国民党及现政府于各党各派之列，同时复主张"所谓各党各派，主要的自然是指中国共产党"。其蔑视政府，故为有利于共产党之宣传，已无容疑。

（四）沈钧儒、王造时、李公朴、沙千里、章乃器、邹韬奋、史良、顾留馨、任颂高等，虽佥称伊等所主张之人民救国阵线（亦称民族阵线，联合阵线，民族联合阵线，救国阵线，救亡阵线，统一阵线），与共产党所倡之人民阵线口号不同，并据邹韬奋提出其自著之《生活日报》以为证明；然据共同被告罗青供述："现在名词还未统一，人民阵线，人民救国阵线，救国阵线，统一阵线，民族阵线，联合阵线，都是一样的。"（二十六年一月十九日讯问笔录）即查阅邹韬奋所提出之《生活日报》，内有："为明了起见，不可再用人民阵线这个名词，应该用民族联合阵线"云云，不但不能证明人民救国阵线与人民阵线系属两事，反

可证实人民阵线口号，亦久已为被告等所沿用。此外尚有在章乃器家搜获之中国学生救国联合会情报第一号，其中载有“发表宣言并募集款项，援助西班牙人民阵线政府”，“欢迎美国人民阵线来沪”等语，足见人民救国阵线与人民阵线，实系同一之名词，已无疑义；更证以周守彝、程嗣文、甘爽等所组织之火花读书会，其宗旨为反资本主义，确系共产党团体，并曾加入职业界救国会，编为一四三三组，以周守彝为组长，亦经江苏高等法院第二分院认定周守彝等系以危害民国为目的而组织团体，判处罪刑，有案可稽。而职业界救国会系加入上海各界救国联合会，上海各界救国联合会又系加入全国各界救国联合会，复为被告等一致承认之事实，是该救国会成立时，即容纳有共产党分子在内，自极明了。再查人民阵线系共产党标语，含有阶级作用、党派背景，及对内革命之性质各点，已为被告等所不否认；而西班牙内战，系由共产党所主持之人民阵线而起，又为显著之事实。被告等偏以此种标语为号召之用，且其主张联合各党各派尚未实现，即先欲援助西班牙之人民阵线政府，一面指摘我国之剿共为内战，一面复援助他国人民阵线之内战，谓无国际背景、政治野心，其谁能信？

（五）共产党毛泽东答复沈钧儒等信函（系印刷品）内有：“南京政府五月五日颁布的宪法与国民大会组织法、选举法，我们认为是反民主的，根据这些法律组织的国民大会，我们不能承认他有代表全国人民和民意的权利”，“我们认为这种国民大会的存在是有害的”，“我们希望你们及全国一切救国团体，派代表参加苏维埃政府。”其抨击宪法一点，尤与被告等所称“含有制礼作乐的宪法是多余的”等语，若合符节。矧查毛泽东信内所述，不但无自动取消苏维埃政府之表示，且希望各团体能派代表前往参加该伪政府，被告等以其系对于救国会所表示之响应，竟将是项反动刊物由章乃器授与罗青，命其担任组织江苏各界救国联合

会（见罗青历次供述），乃犹饰称“并无危害民国之犯意”，又谁能信？

（六）被告等除坚不承认有鼓动学生罢课情事外，对于组织工人罢工后援会，则并不否认，并称“工人救国会亦加入上海各界救国联合会之内”等语，其用救国会名义，散发《为上海三百五十万市民请命》传单，亦有“这二十余万的工人，都可训练为冲锋陷阵的英雄”之语，对于智识简单之工人，竟不惜多方煽惑，以遂其不法之企图。乃被告等犹以“意在救国，并无其他作用”，斤斤置辩，显属虚饰之词。

（七）在邹韬奋家搜获共产党刊行之《斗争报》，[1] 其中虽曾批评“章乃器是叛卖阶级的史太林派”，并称：“反对章乃器们的救国阵线没有政治野心，没有夺取政权的企图，引入爱国一途，减少斗争的力量。”纵令果如所言，亦不过谓伊等之主张，与极端“左”倾之托洛斯基派有别，仍与三民主义不能相容，殊难以此为被告有利之证据。

（八）被告等虽称伊等与第三国际并无关系，然查人民阵线即系第三国际第七次代表大会所通过之口号，其关于中国成立人民阵线议决案，内有：“在中国必须把扩大苏维埃运动与巩固红军的战斗力，与在全中国开展人民反帝运动连结起来”；“苏维埃应当成为全中国人民解放斗争的中心”。又中国共产党对于建立中国人民阵线内有“在救国名义下，并发动反现政府的斗争”；“反对现政府及国民党”（见附卷二十六年二月四日《中央日报》）被告等所倡之口号，既系本于第三国际大会所通过之议决案而来，其于各种刊物内复屡言“讨赤不易成功”，“不相信国民党可以包办救国”；并于《团结御侮的几个基本条件与最低要求》第五项载有“我们赞成中国共产党和中国红军这一个政策”之语，

[1] 《斗争报》是托派在上海办的报纸。

尤显与前述第三国际议决案相一致，自无解于危害民国之罪责。

（九）上年十二月十二日西安事变，据张学良所提出之八项主张，内有“容纳各党各派负责救国，及立即释放被捕之爱国领袖，立即召开救国会议”等项，被告等对此虽坚称“毫未与闻其事”，并谓：“上年五月三十一日全国各界救国联合会成立之时，尚未闻西安有救国会”等语，此查上年五月六日《救亡情报》创刊号，即有“西安学生悲壮的救国运动”，“西安各学校均有救国会的组织”之记载；该《情报》第二十五期，对于成立西北各界救国联合会情形，记载尤为详悉，并称“全救会宣言和纲领我们翻印了两千多份，已普遍散发”等语，足见被告等所称“西安并无救国会”一节，显系有意诿卸。又同年十一月二十二日第二十七期《救亡情报》载有全国各界救国联合会致西安张学良电报，“（前略）望公本立即抗日之主张，火速坚决要求中央立即停止南京外交谈判，发动全国抗日战争，并电约各军事领袖，一面对中央为一致之督促，一面对绥远实行出兵援助，事急国危，幸即图之！”此电拍发后，为时仅浃旬，即有西安事变发生，而张学良之通电，又明明以释放该被告等为要挟。且核其彼此所揭橥之主张，亦复完全相同，其双方互相联络之情形，已堪认定。虽被告原电仅系怂恿张学良联合各将领督促政府对外出兵，尚不能证明西安暴动系出于被告等所策划，而其勾结军人，谋为轨外行动，驯至酿成巨变，国本几乎动摇，名为救国，实则害国，要属无可讳言。况查抗敌救国，政府自有整个计划，纵令被告等果具爱国热忱，亦当于政府领导之下，竭诚献替，一致进行，以期有济。乃竟假联合各党各派为名，私立救国联合会，其所倡另建抗敌政权一节，尤与张学良通电所为改组政府之主张，适相吻合。此外又复散发种种刊物，鼓吹人民救国阵线等谬说，淆乱听闻，使人民与政府间起分化之作用。是其以危害民国为目的而组织团体，并宣传与三民主义不相容之主义，更属罪证确凿，灼然无疑。

十、罗青承认担任组织江苏各界救国联合会属实，并称："与章乃器接洽时，沈钧儒、邹韬奋亦一同在座。"此外复在身畔搜获有：(1)《全国各界救国联合会大会宣言》；(2)《抗日救国初步政治纲领》；(3)《团结御侮的几个基本条件与最低要求》；(4)《共产党致国民党书》；(5)毛泽东油印回信；(6)江苏各界救国联合会筹备会木戳等件，足证其参加以危害民国为目的之团体为不虚，依法应认为共同正犯。顾留馨、任颂高自认系上海职业界救国会会员，任颂高并兼任该会理事，一面复与张仲勉、陈道弘、陈卓等五人，分持上海各界救国联合会传单，以该救国会代表名义，具呈请求回复沈钧儒等自由，经将该传单及顾留馨所持救国会刊发之《国难新闻》，分别扣押在案，均足以证明参与犯罪，委系出于共同之意思，自亦应以共同正犯论。

所犯法条

综上所述，本件被告沈钧儒、王造时、李公朴、沙千里、章乃器、邹韬奋、史良、陶行知、罗青、顾留馨、任颂高、张仲勉、陈道弘、陈卓共同以危害民国为目的而组织团体，并宣传与三民主义不相容之主义，依刑法第十一条、第二十八条，系共犯《危害民国紧急治罪法》第六条之罪。除陶行知、张仲勉、陈道弘、陈卓等所在不明，已予通缉外，合依刑事诉讼法第二百三十条、第二百四十三条提起公诉，并将人卷及证件，送请查收，依法审判。

此致

本院刑事庭

计送　卷十二宗，证据物件（详目录）。

被告　沈钧儒　王造时　李公朴　沙千里

章乃器　邹韬奋　史　良　罗　青

（以上八名在押）

顾留馨　任颂高（以上二名在保）

中华民国二十六年四月三日

江苏高等法院检察官翁赞年

（上海《大公报》，1937年4月4日）

沈钧儒等答辩状

（摘录，1937年6月7日）

被　告　沈钧儒（年六十四岁，浙江嘉兴籍，在押）

辩护人　张耀曾（律师）　秦联奎（律师）　李肇甫（律师）

被　告　王造时（年三十五岁，江西安福籍，在押）

辩护人　江庸（律师）　李国珍（律师）　刘世芳（律师）

被　告　李公朴（年三十六岁，江苏武进籍，在押）

辩护人　汪有龄（律师）　鄂森（律师）　陈志皋（律师）

被　告　沙千里（年三十五岁，江苏上海籍，在押）

辩护人　江一平（律师）　徐佐良（律师）　汪葆楫（律师）

被　告　章乃器（年四十一岁，浙江青田籍，在押）

辩护人　陆鸿仪（律师）　吴曾善（律师）　张志让（律师）

被　告　邹韬奋（年四十二岁，江苏上海籍，在押）

辩护人　刘崇佑（律师）　陈霆锐（律师）　孙祖基（律师）

被　告　史良（三十三岁，江苏武进籍，在押）

辩护人　俞钟骆（律师）　俞承修（律师）　刘祖望（律师）

为被告危害民国一案，具状答辩，并声请停止羁押事。

事　实

缘东邻入寇，得寸进尺，侵扰三边，囊括四省。迨民国二十四年十二月，长城以北察哈尔又丧失过半，榆关以内，冀东伪组织亦宣告成立，驻兵日增，特务林立，走私猖獗，浪人横行，封豕长蛇，气吞宇内。而河北奸民方假请愿自治之名，以行为虎作伥之实。形势岌岌，不可终日。于是平津教授呼号于前，学生市民奔走于后，风声所至，举国奋兴，沪上人士乃有救国会之组织。查二十五年一月一日《申报周刊》记载此事之宣言曰："此一消息传出以后，全国人民愤慨异常，上海文化界马相伯等三百余人鉴于中华民族之危机日迫，整个华北又将成为第二个伪满，特发起救国运动，并发表宣言，提出主张七点：（一）坚持领土和主权的完整，否认一切有损领土主权的条约和协定；（二）坚决反对中国领土内以任何名义成立由外力策动的特殊行政组织；（三）坚决否认以地方事件解决东北问题和华北问题；（四）要求即日出兵讨伐冀东……（五）从略（原文从略谅系恐启对外纠纷之故）；（六）严惩一切卖国贼并抄没其财产；（七）要求人民结社集会言论出版的自由。……救亡运动遍于全国，情绪激昂，为近年来所罕见"等语，此当时之实录也。被告等目击河山破碎，痛念国亡无日，奋起赴难，未敢后人。当时救国会及被告等均认为救亡惟一要道，端在全民族团结一致，御侮抗敌。故言论行动莫不以此为依归。至和平统一，集中力量各点，则均不过为求达此项目的之方法。凡此各情，均有后列答辩理由内所引救国会及被告等个人之文件足以证明。尔后全国抗敌之情绪日趋高涨，实足为政府外交强有力之后盾。奸民之谋既败，华北之局势暂安。对日外交强化，敌人之气焰稍杀。被告等方自惭个人能力之薄弱，报国之心未尽万一，不图于去年十一月廿二日午夜，忽同时在上海公共租界及法租界分别被捕；卒由上海市公安局函送钧院

检察处侦查，中经延长羁押期间两月，期满之日，竟以共犯《危害民国紧急治罪法》第六条之提起公诉。

答辩理由

按《危害民国紧急治罪法》第六条所定之罪，为“以危害民国为目的，而组织团体，或集会，或宣传与三民主义不相容之主义”。起诉书认为被告等有共同以危害民国为目的而组织团体，并宣传与三民主义不相容之主义之嫌疑。然以被告等爱国之行为，而诬为害国；以救亡之呼吁，而指为宣传违反三民主义之主义，实属颠倒是非，混淆黑白，摧残法律之尊严，妄断历史之功罪。救国会与被告等耿耿之诚，具见各项文件，试观《全国各界救国联合会成立大会宣言》第一面载：“我们惟一救亡图存的要道在立刻全国一致，以全力抗敌。”第二面载：“在这敌寇日深，而内部纠纷依然严重的时候，天良未泯的人民，都渴望着有一个广大的团结，能有一个全国统一的联合救国阵线。为了这种要求，全国各地各界的救国团体代表们在上海开成了全国各界救国联合会成立大会，建立起来一个统一的人民救国阵线。”第六面所载口号为：“中华民族团结万岁！反日战争胜利万岁！中华民族解放万岁！”《抗日救国初步政治纲领》第八面（页数系连前载宣言计算）载：“救国阵线的共同敌人是日本帝国主义和汉奸。”《全国各界救国联合会成立大会工作检讨》第十五面载：“联合战线的意义是，在横的方面，团结各党各派，在纵的方面，团结社会上的各阶层，去对付共同的敌人。这样的扩大的团结，是需要极端的诚意和极端的宽大容忍的态度的。”第廿一面载：“联合战线的意义可以用‘同舟共济’四个字来解释。一只船遇了险，船里面的人自然会忘记了平时的一切党派的歧异和意见的冲突，而共同协力，使这只船出险。那时候如果真有少数不顾大局的人，依然为了自己的行李而不顾大众的生命，那才是大众的公敌——

汉奸，此外是不应该有另外的纠纷的。一切党派歧异和意见冲突，都只好在出险以后再来算账。然而一度共过患难之后，也许就不必再算账了。”

钧儒、乃器、韬奋及陶行知等四人用个人名义所发表之《团结御侮的几个基本条件与最低要求》第十二面载：“随后我们更希望蒋先生亲率国民政府统辖下的二百余万常备军，动员全国一切人力、财力、智力、物力，发动神圣民族解放战争。这民族解放战争达到完全胜利之后，蒋先生不仅是中华民国的最高领袖，而且将成为中国历史上最伟大的民族英雄，这是我们十二分诚意盼望的”各等语。究竟救国会之目的系救国抑系害国；其主张为违反三民主义，抑正为三民主义之所规示，实可不待烦言而解。起诉书虽胪列犯罪证据至十款之多，然无非将救国会之各项文件，断章取义，穿凿附会；曲解对外敌忾之旨，为对内攘夺之意；并未就本案之事实与证据，为整个之观察，终至支离破碎，真相不明；而于国际情势与国策内容之如何，尤多未晓。兹为抉剔谬误起见，仅就所列十款，逐一答辩如次：

（一）起诉书于第一款内主张被告等有意阻挠中央根绝赤祸之国策，系引全国各界救国联合会大会宣言内所载两项辞句，以为论据。然查（甲）所称：“全国各界救国联合会大会宣言内有：‘列强攻苏之误，中国之剿共亦误’”等语，明于所引词句之上加有引句符号以示直引之意。而遍查该宣言中，并无此语，实足使人惊诧。追检阅上海市公安局致钧院检察处函，始见其中先已载有此语，起诉书实即承其错误。万不料起诉书以侦查四个月之时间，竟于救国会文件之原文，尚未加以细阅。一端如此，其他可知。再查该宣言中所载类似而不同之点为：“在四年八个月中间，西方列强在赞助日本帝国主义进攻苏联的错误政策之下，已经使他们在远东的利益受到致命的威胁。我们的亲日派官僚在容忍日本帝国主义在东北建立进攻苏联的根据地，在梦想和日本建立国

际反共同盟的错误政策之下，已经几乎要断送整个国家命脉。”（见宣言第二面）是所谓攻苏之错误，明指西方列强因迷信日本进攻苏联之烟幕，致坐失远东之利益。所谓反共之错误，明指因梦想真能与日同盟反共，其结果恐致共未及反，而国已亡于日人之手。再观该宣言首段所载：“在这四年八个月中间，日本帝国主义一面以建立军事根据地，进攻苏联的烟幕，蒙蔽欧美列强；一面以联合反共的圈套，诱诈我们的当局，乘机并吞了我们六省一百六十八万方公里的土地，奴役六千万的同胞。”（见第一面）

该宣言末面所载：“不要再听信日本帝国主义的花言巧语，企图以中国为牺牲，在远东发动反对苏联战争。”前后参阅，其意益明。

（乙）至起诉书于同一款内，又引该宣言第二面所载“少数别具肝肠的人们，依然认为苏联和共产党是中国民族的主要敌人”等语，以为第二论据。则查该项辞句之意旨，仍与上述各语相同，即中华民族之主要敌人为志在忘我之日本。起诉书苟不否认日本为我国之主要敌人，即不能对上述辞句，有何指摘。

综起诉书第一款所引文件内载各语而观，可知所论国际联日攻苏反共之智与不智，纯从抗日一点出发，并未及于攻苏反共之本身。盖救国会为对日而起。对日以外之“苏”、“共”问题，原与该会之本旨无涉。起诉书既于句中关于对日之词及所称迷梦之意义均未注意，则其所放自尚属无的之矢。矧查中日共同防共协定，曾经日方于去年秋冬间中日谈判之中一再提出，政府始终坚决拒绝，实可见救国会关于此点之见解与政府之措置并无丝毫不合。而三中全会宣言更明称：“至于对内则和平统一，数年以来为全国共守之信条。盖必统一然后可以建设现代国家，以当救亡图存之大任；必和平然后人人皆知精诚团结，共赴国难，以驯至于真正之统一。……整个民族之利害终超出于一切个人一切团体利害之上”等语。三中全会关于根绝赤祸之决议案亦称：“对于

世界殷殷焉蕲至于大同之治，对于国内更断无町畦畛域之见，惟求集中国力，奠定统一之基。"对共产党并称："本党以博爱为怀，决不断人自新之路"各等语，尤足证中央之国策，与上开全救会宣言内载辞句之意旨，并无不同。起诉书据该辞句认被告等有意阻挠中央根绝赤祸之国策，则实于中央国策之为何，尚未明悉。

（二）起诉书第二款内主张被告等不承认现政府为有统治权，并欲于现政府外更行组织一政府，无非以左列各点为论据：

（甲）全救会宣言建议释放政治犯。然查二中全会及三中全会中均有此项提案，三中全会且已将原则通过。蒋院长于三中全会后对中央社记者谈话中，亦称："对于过去政治上犯有过误者，矜惜宽免，不乏其例"云云，并明定赦免之条件，表示尤为具体。起诉书竟以此为断定被告等不承认现政府之统治权与欲更行组织政府之根据，不知其对于中央此项提案与决议，究竟作何解释？

（乙）起诉书以全救会宣言内载大会建议各党各派应立刻派遣代表进行谈判，制定共同抗敌纲领，建立一个统一的抗敌政权，及政治纲领内载我们需要很迅速地建立起来一个统一的救国政权云云，为不承认现政府之统治权，并欲另组政府之证据。其错误在将政权与政府混为一谈。殊不知政府为国家之机构，政权则为此机构所发挥之力量。故同一政府可以发挥不同之权力，其权力之变更，并不影响其组织。例如两广统一之后，中央之政权扩大，而组织并无丝毫变更，即其明证。当全救会发表宣言及政治纲领之时，国内形势显有各方分立之象。全救会鉴于外侮之日迫，发为内部团结之呼吁，政府既以和平统一为怀，何能引为罪据？至所谓"统一的抗敌政权"与"统一的救国政权"内之"抗敌"与"救国"，则查抗敌救国为人民一致之要求，故当时认为政府祗须表示抗敌救国之决心，政权即易臻于统一；且亦惟于政

府具有统一政权之时，乃足以实行抗敌救国而制胜。试观全救会宣言，于提出“建立一个统一的抗敌政权”之后，相隔仅八行，即继续说明：“人民救国阵线没有任何的政治野心，没有争夺政权的企图，而不过是要尽一份人民救亡的天职。我们不帮助任何党派争取领导权，不替任何党派争取正统，而只要促成一个统一的抗敌政权。”（见第五面）再证以上文所载：“它（指中央）在军事和政治上的领导地位，是不必顾虑的。”（见第四面）与下文所载：“这是一个政策之争，而不是政权之争。”（见第五面）一面既说明中央之领导地位，一面又声明不但自身不争政权，且亦并不为其他任何党派夺中央领导之地位，其无变更政府组织之意，岂不彰彰明甚？起诉书竟于同一文件之中，置上下文于不顾，断章取义，一再曲解，指被告等为“不承认现政府为有统治权，并欲于现政府外更行组织一政府”，颠倒是非，莫此为甚。而将“促成一个统一的抗敌政权”曲解为“更行组织一政府”，即就字面而言，亦属万不可通。斟酌证据，而为适得其反之结论，自断不为法律之所准许。起诉书一意罗织，事极显然。况查全救会上述之见解与希望，即政府亦早已历有表示。以前国民党历次全国代表大会及中执行委员全体会议之宣言无论矣，即今年二月间三中全会之宣言，亦明揭“和平统一”之国策，并称：“必和平然后人人皆知精诚团结，共赴国难。”又云：“自去岁七月以后，统一事业渐以形成。”是统一固为以前所未全得，为以后亟宜完成，而和平固为求得统一之方法。（中略）盖统一政权于抗敌救亡为必要，和平为实现统一政权之手段，而各党各派进行谈判，制定共同抗敌纲领，则为和平统一之方法。救国会此项建议，与政府根本方策显无二致。至此种方法究竟应否采取，则政府自有权衡，民众团体本于爱国之热诚，为此建议，决无不法之可言。起诉书因未能了然于实际政治之势，以致失之毫厘，谬以千里；一经指出，自即了然。若再就全救会同人之行动言之，

则被告等曾被推为代表向二中全会请愿，蒙派中委马超俊接见；此外向地方政府请愿陈情，次数之多，尤非屈指所能尽计。苟不承认政府之统治权，尚何必有此举动？至除大会宣言以外，全救会其他文件，亦多有可以互相阐明之处。即如大会工作检讨第十二面载："我们对当局应该有政策之争，然而绝对没有政权之争。我们在政策上是不妥洽的，在政权上既然根本上已经不争，便无所谓妥洽不妥洽。"钧儒、乃器、韬奋及陶行知所刊《团结御侮》之小册第六面亦载："但是没有一个政府的领导，单靠民众自动作战，也决不会有胜利的前途。中央政府要是没有各地方当局的合作，固然谈不到抗日；但是地方当局在和中央政府对立的状态之下，即使出兵抗日，也未必有胜利的把握。"第十二面载有希望蒋委员长亲率二百余万军队发动民族解放战争之语（详见答辩理由首段）。第十六面且说明"握有中国统治权的国民党"云云，在在均足证明起诉书内所为结论之完全不确。

（丙）起诉书又谓前述各语与《共产党致国民党书》所载："我们赞助建立全中国统一的民主共和国"，"拥护全中国统一的国防政府"，如出一辙。然查全救会所建议者为促成统一的抗敌政权，而该共产党书内所主张者，则为统一的民主共和国与国防政府，明系指政府而言。两者之间，即就字义而言，亦绝无相同之处。起诉书竟认为如出一辙，不但于政府与政权之别未明，且实有故意周内，指鹿为马之嫌！

（丁）至于起诉书谓被告等所称各党各派云云，实侪国民党于各党各派之列一层，则并入后列第三款内论列。又指共产党书系由乃器交于罗青云云，实与事实不符，亦并入后列第九款内详细说明。

起诉书第二款不明政府与政权之区别，恝置上下文于不顾，茫然于中央之政策与言论，不识扩大政府之政权于抗战为必要，指摘被告等为不承认现政府有统治权，并欲于现政府外，更行组

织一政府，实属一意武断，罔顾是非。

（三）起诉书于第三款内杂引《团结御侮》之小册内所载数语，及一二侦查问答之词，认为有意为共产党张目，侪国民党及政府于各党各派之列，蔑视现政府，并为有利于共产党之宣传。然（甲）起诉书于该小册之内容，根本未予研究，以致所为结论，恰与原意相反。查该小册系钧儒、乃器、韬奋及陶行知四人所发表，并非救国会之文件，然其要旨，仍在希望全民族团结一致。其第六面载："我们以为，第一，抗日救国是关系整个民族生死存亡的大问题，所以只有集合一切人力、财力、智力、物力，实行全国总动员，才能得到最后的胜利，换句话说，抗日救国这一件大事业，决不是任何党派任何个人所能包办的，脱离了民众，单是政府抗日，必然失败，但是没有一个政府的领导，单靠民众自动地作战，也决不会有胜利的前途。"该册第十二面所载希望蒋委员长亲率二百余万军队，发动神圣民族解放战争，已详见上列答辩理由首段。其第十四面又载："我们认为西南当局应该推动中央政府出兵抗日，避免和中央取对立的态度。"该册于国民党尤显然望其能领导全国致力于民族革命之伟业。即如第十五面载："中国国民党我们始终认为是中华民族历史上的一个主角。"第十六面载："我们所希望的，有民族革命的光荣历史的国民党，握有中国统治权的国民党，应该赶快起来促成救亡联合战线的建立。"曰"主角"，曰"握有统治权的国民党赶快起来"，则其明认国民党有领导全国各党各派救国之责任与权力，而并非与各党各派同列，实属毫无疑义。

上开各点既明，则起诉书就所引册内各语所为论断，系属穿凿附会，自必瞭然。即如起诉书所引"这里所谓各党各派主要的是指中国共产党"云云，其所紧接之上文为："握有中国统治权的国民党应该赶快起来，促成救亡联合战线的建立，应该赶快消灭过去的成见，联合各党各派为抗日救国而共同奋斗。"（见第十

六面）明望国民党主动联合各党各派，而共产党不过为被联合各党各派中之主要者，国民党显在主动领导之地位，起诉书何得谓为侪之各党各派之列？更何得谓为共产党张目？至起诉书所引第十七面所载："现在共产党已经提出了联合抗日的主张，国民党却并没有表示，这结果会使一般民众相信倒是共产党能顾全大局，破除成见。"则明在上引第十六面所载各语之后，仍系希望国民党领导抗日无疑。再证以该小册第十八面所载："我们所希望的，中国共产党要在具体行动上，表现出他主张联合各党各派抗日救国的一片真诚，因此在红军方面立即停止攻袭中央军，以谋和议进行的便利；在红军占领区域内，对富农、地主、商人，应该采取宽容态度；在各大城市内，应该竭力避免有些足以削弱抗日的劳资冲突。这样，救亡联合战线的展开，才不至受到阻碍。"是明在告诫共产党，何得反谓为之张目？至为何希望共产党参加抗日，则无非因寇入已深，应以全力对外，一点一滴之血，一枪一弹之费，均应留作对外之用。中山先生于民族主义第三讲末段云："要提倡民族主义，自己先联合起来。"二十一年四月我国国难会议宣言亦载："深愿全国国民不分党派阶级，精诚团结，牺牲一切成见，共图抵抗之方策，……而依据民众武力之原则，打破以往循环内战之局面，实为今后国人努力惟一之途径。"（中略）蒋院长于本年二月间三中全会后，对中央社记者之谈话尤明称："事实上对于民国十二年以前之各党各派，早无歧视，更无排斥之意。"是被告等建议全民族不分党派阶级，一致联合抗日，实为我国自中山先生垂训以来一贯之政见。起诉书未及博览，遽予被告等以指摘，实非允当。

（乙）至检察官询被告等以"共产党是无国籍的，是抱世界主义的，怎能救国？"则明系对共产党询问之问题，何能责令被告等答复。又询以"红军昔曾在后方反攻，究以何法保证其不生后患？"则查违反军纪，自有国家与民众之制裁，起诉书究竟凭

何理由，认被告等之供答为不充分？若谓非先有不生后患之保证，即不应希望政府领导红军抗敌，则犹云非能确保后方不生倒戈情事，即不应希望对外抗战。因噎废食，其无理亦正相同。

起诉书第三款将《团结御侮》之小册内载希望国民党处于领导地位，主动联合各党各派抗敌御侮之意，故予曲解；将全册辞旨，悉行抹煞；以侦查所询问题之不当，诿为被告等供答之不合；认为被告等为共产党张目，削弱民众对于政府及国民党之信仰，侪国民党于各党各派之列，蔑视现政府，为有利于共产党之宣传，实属有意罗织无疑。

（四）起诉书于第四款内谓被告等有国际背景，政治野心，于第八款内谓被告等之口号系本于第三国际之议决案而来。两款同为悬拟揣测之辞，欲以受人利用，诬蔑爱国运动。其结论性质相同，兹特合并答辩于后：

（甲）起诉书于第四款内主张救国会所用“联合阵线”、“人民救国阵线”等口号与“人民阵线”相同，并于第八款内主张“人民阵线”为第三国际第七次代表大会所通过之口号，故被告等之口号实系本于第三国际代表大会之议决案而来。然起诉书列举救国会刊物所用口号有七种之多，而始终未觅得一“人民阵线”之口号，是名称先已不同，而起诉书列举救国会刊物所用各阵线之涵义即内容如何，又并无一言道及，不知究竟凭何逻辑，可以断定其与人民阵线相同？查救国会刊物内所用各阵线，其主旨均指全民族联合抗敌救国而言。此就每一名称之上下文观之，即可瞭然，决不容与其他国外提倡之阵线相混淆。例如：

（子）“‘推诚合作’不是我们的宣传资料，而是我们的纯洁动机，而是我们的基本信条。中国人民只有在抗日的前提之下，大家相亲相爱地推诚合作，然后可以建立伟大的人民救国阵线。”（见宣言第五面）

（丑）“大会认为过去当局对其他较小民族的歧视，要使他们

脱离民族阵线，甚至变成别人的力量。”（见《政治纲领》第十一面）

（寅）“联合战线的主要目的是在扩大抗日救国的队伍。”（见《团结御侮》小册第九面）。“联合战线的意义是在横的方面团结各党各派，在纵的方面团结社会上的各阶层去对付共同的敌人。这样的扩大的团结是需要极端的诚意和极端的宽大容忍的态度的。”（见大会工作检讨第十五面）

（中略）

起诉书不但于救国会文件内载各阵线之内容，丝毫未予注意，即其名称之字义，亦一概置之不问，而以武断之论调，强谓其与人民阵线相同，宁不可异！查法国与西班牙之人民阵线系属对内性质，与救国会文件所载各阵线之旨在对外者完全不同。侦查期内呈案之去年七月十二日《生活日报》星期增刊所载韬奋答复读者一函内曾称：

“‘人民阵线’这个名词用在中国的民族解放运动，很容易令人误解，不如用‘民族联合阵线’来得清楚。（称‘抗敌救国联合阵线’当然也可以，但不及‘民族联合阵线’的简便。）‘人民阵线’这个名词大概是借用自法国人民阵线，正因为有着这样的渊源，所以很容易令人误会。为什么呢？因为中国努力民族解放的联合阵线和法国的联合阵线是有着根本的差异，不应混为一谈的。……所以我们主张，为明瞭起见，不可再用‘人民阵线’这个名词，应该用‘民族联合阵线’，使人一望而知是以民族解放为本位的联合阵线，是对外的，不是对内的；是中华民族的任何分子，除汉奸外，都可以参加的，并不限于任何阶级的，并且不该由任何阶级包办的。说得直截了当些，这里面只有民族解放的问题，只有一致抗敌救国的问题，而不该牵到什么阶级问题。”

该函于人民阵线与民族联合阵线之别，言之甚明。中国不应有前者而仅应有后者，亦已反复申述，并无曲解余地。其中所谓

为明瞭起见，不可再用‘人民阵线’云云，明系指导一般读者之言，并非谓本人以前向来使用。此意甚明，亦绝无可生误解之处。乃起诉书竟称："不但不能证明人民救国阵线与人民阵线系属两事，反可证实人民阵线口号亦久已为被告所沿用。"不知起诉书究系凭何逻辑而得此？起诉书又称中国共产党有关于人民阵线之决议，无论是否属实，而被告等既未用此名称，敢问究与被告等何涉？乃起诉书忽又声称："被告偏以此种标语为号召之用"，则更不知被告等究于何时何处，用此标语号召，应请明白指出。至起诉书所称人民阵线系第三国际第七次代表大会所通过之口号，以及中国共产党有关于此种阵线之决议，究系何所根据，并无说明。虽起诉书内载"见《中央日报》"云云，然查该报并无此项消息。经钧院刑庭致函该报调查，亦无结果。是起诉书所称先已无据，而被告等既根本并未用此口号；被告等所用各阵线之内容，又均与寻常所谓人民阵线及起诉书所谓"含有阶级作用、党派背景及对内革命之性质"者完全不同，如上所述，自更毋庸就此多辩。

此外，起诉书内又引救国会文件内载讨赤不易成功各语，原文意旨均在珍惜国力，希望国民党领导各党各派一致抗敌。此就各语之上下文观之，毫无疑义。前已评述，兹可不赘。抑更有陈者，联合战线一名词，早已见于国民党第二次全国代表大会宣言所载："(三) 凡民族革命运动必须明瞭共同之敌人为谁，对于共同之敌人而共同奋斗，自助与互助，切勿异致。所以世界上一切被压迫民族之革命运动，有联合战线之必要。"蒋委员长于前在总司令任内所发布之《告武汉工界同胞》一文，亦有"确立农、工、商、学、兵联合战线"之倡导。起诉书数典忘祖，竟牵引第三国际，断言被告等之口号，系本于其所为议决案。尤属显然失当。

(乙) 起诉书虽又引二十六年一月十九日侦查笔录所载罗青

供称："现在名词还未统一，人民阵线，人民救国阵线，统一阵线，民族联合阵线，联合战线都是一样的"等语，以为佐证。然查当日笔录，紧接该供词后，检察官即询以："你说的人民阵线是对内还是对外呢"？答称：'我们人民阵线是对外的，不是对内的，与法兰西、西班牙的人民阵线是不相同的。"再查其前于二十五年十二月三十日经询以："你们所说的人民阵线，统一阵线，联合阵线，这些都是什么意思？"答称："人民阵线现在只有法兰西和西班牙可以讲的，与我们的统一战线不同。统一战线及联合战线，也叫人民救国阵线，就是要把各党各派的实力团结一气，一致抗日的。"（均见笔录）是即罗青亦明称人民救国阵线，联合战线等阵线，系指团结一致抗战，与法国、西班牙之人民阵线之对内者不同。起诉书何能掇拾罗青供词中之一名称，不问其所指之内容如何，并恝置其所为其余一切供词于不顾，以遂其深文周内之本意？矧查罗青不但非全国各界救国联合会负责之人，且亦非该会及任何救国会之会员。即其本人所拟筹备之江苏省救国联合会亦尚并未开始。有其所供"我对这救国的事情是很同情的，所以我去筹备，但并未开始，也未履行过什么手续"等语可考.（见二十五年十二月三十日侦查笔录）是罗青于救国会尚无关系可言，何能责以详悉救国会之立场，以及名词之取舍。

（丙）起诉书又引中国学生救国联合会情报所载捐款援助西班牙政府及欢迎美国人民阵线代表来沪两节，查中国学生救国联合会为全国学生所立之独立联合团体，并不附属于全国各界救国联合会。即起诉书于主张事实之处，列举救国会之名称，亦并无此会，何能以其言论行事，证明全救会之立场。且西班牙政府为我政府所承认之合法政府，向其表示同情，亦难谓有何不合。美国则为我国难中急宜联络之友邦，适有其同情我国抗敌人民代表来华，与之周旋，亦无足异。起诉书以该会情报关于此等事项之记载为证明全救会文件所用之阵线与人民阵线相同之资料，尤属

牵强。至起诉书又谓西班牙内战系由共产党所主持之人民战线而起，则既未明西班牙人民阵线之内容，又昧于国联对西班牙内战严守中立之态度，更茫然于政府之对外政策，而惟信手撷拾报纸上一二不负责任之辞句，作为定论。因而遂指被告等为有国际背景，其推论之不求实际，于此益明。

（丁）起诉书谓周守彝、程嗣文、甘爽等所组织之火花读书会，确系共产党团体，并曾加入职业界救国会，编为一四三三组，以周守彝为组长，业经江苏高等法院第二分院认为以危害民国为目的而组织团体，判处罪刑，故断言救国会有共产党分子在内。然查上海职业界救国会之会员系以个人为单位，所谓火花读书会乃一团体，并无加入救国会之可能，尚有何编为第一四三三组之可言。且江苏高等法院第二分院原判决内所载小组及组长等名称，依该原判决事实栏内所称，明系另一团体，即该判决所谓抗日救国会者之组织，尤足见与职业界救国会无涉。其所谓抗日救国会既明系另一团体，自不能与被告等所参加之救国会相牵混。况查二十六年一月二十五日江苏高等法院第二分院，嘱托调查笔录提讯周守彝等有无以火花读书会加入职业界救国会，编为第一四三三组之事，据周守彝供："不晓得，我只介绍程嗣文一人。"据甘爽供："有个程嗣文经周守彝介绍，加入救国会后，我亦加入的。"是加入职业界救国会明系个人而非火花读书会。且甘爽于程嗣文加入之后，始行加入，则自非同时以团体加入，尤甚瞭然。由此可知火花读书会加入职业界救国会编为第一四三三组之说，确非事实。起诉书于此概不注意，其认定事实之错误，自不待言。且即假定真如起诉书之所称，救国会中确有共产党分子在内，然共产党分子在表面上并无辨识方法，故即在学校公署之内，亦均难免有时发见，断不能因一机关中有此分子，遂谓其机关之本身即属可疑。矧查与周守彝等同在江苏高等法院第二分院为被告之袁清伟等，虽经捕房指为参加职业界救国会之人，而

仍将公诉撤回，有同院卷宗可考。以与该案其他被告之因认为有其他事实而判罪者相较，则参加与被告等有关之救国会，并非犯罪，尤甚显然。

起诉书于第四款及第八款内，以名称于救国会文件内遍查不得，内容与该文件所用者全不相同之“人民阵线”作为救国会所主张之阵线；且并不查明而断定第三国际与中国共产党有关于人民阵线之议决案及其内容之为何；并忽略周守彝等案内之被告程嗣文等系个人加入职业界救国会，及袁清伟等虽经捕房指为参加该救国会而仍将该部公诉撤回之事实，认为被告等有国际背景，政治野心；所用口号系本于第三国际之议决案，实属有意诋毁救亡运动，架空虚构，故入人罪。

（五）起诉书于第五款内谓：毛泽东书函之印刷品内抨击宪法之点与被告等之评论若合符节。查其所引《政治纲领》关于宪法草案之评论为：“大会认为在这国难空前严重的时候，含有‘制礼作乐’意味的宪法是多余的。”原文意旨系认为当此国难严重之时，救亡图存为当前之急务。否则国且不保，尚有何宪法之可言，实属贡献意见之一种，与毛泽东书函之印刷品内所载之辞，并无丝毫相似之处，何能混为一谈。且查宪法草案初稿曾经政府于二十三年三月一日及七月九日登报征求人民之批评。（见二十五年十一月《时事月报》内载《宪法草案议定之经过》）。正式宪法草案制定之后，又经分送各方征求意见，是批评本为政府之所征取，尤无不当可知。至起诉书称乃器曾将该项印刷品交与罗青，命其担任组织江苏各界救国会联合会一节，则并入后列第九款内答辩之。起诉书不问该《政治纲领》就宪法草案所为评论之意义为何，竟以政府征求在先，人民应命于后之批评，为犯罪之证据，实属显有不合。

（六）起诉书又谓：“被告等对于工人不惜多方煽惑以遂其不法之企图”。然查：

（甲）罢工后援会之组织，乃在上海日纱厂罢工发生以后，时值寒冬，因罢工而失业之人冻馁堪虞，所谓后援，不过略为捐助果腹之资，以期稍免疾病死亡之惨。凡此各点均有案内之罢工后援会缘起可考。无论华工惨受日人之虐待，凡属国民，本均有同胞互助之义务，而事属慈善，且于地方治安有益，要不能引为犯罪之证据。

（乙）至起诉书又引上海各界救国联合会于去年十月所发表之《为上海三百五十万市民请命》一文内载之语，则查该文开章明义即称："救国阵线的宗旨，简单地说，是团结御侮，详细点说，是联合全国各党各派和社会各阶层分子共同对付日本帝国主义和汉奸卖国贼。"继称："本市二十余万的产业工人集中在虹口一带，而虹口已经变成敌军的防线。这二十余万的产业工人有高度的组织训练，有勇敢热烈的斗争情绪。只要把他们好好的组织起来，一个个都可能是冲锋陷阵的英雄。"起诉书所引冲锋陷阵的英雄云云即见于此。再观后文明载："我们只希望本市当局在这千钧一发的时候，能够在上不负国家、下不负民众的限度之内，在不畏缩、不苟安的原则之下，为本市的前途做一个周密考虑，订下来一个切实可行的计划。"文末又称："危机太迫切了，我们垂涕而道，请本市当局倾听，请中央明察，请全国同胞共同主张国是。我们很迫切地谨为三百五十万上海市民请命！"是起诉书所引"冲锋陷阵的英雄"云云，明系因上海虹口一带已成敌军防线，我国亟应早事戒备，故切请地方当局将有职业之民众善为组织，以备万一。该文全篇均系向地方当局陈请之辞，即其命题亦明为"请命"。如此救亡之呼吁，焉得诬为煽惑？况查政府训练公民，本包括工人在内，被告等引申其意，特请地方当局注意，更无不合。

起诉书第六款以对于惨遭日人虐待，冻馁堪虞之罢工工人，稍予慈善救济，为不惜多方煽惑；以引申政府训练公民之意，吁

请地方当局训练工人，以备御侮之用，为有不法之企图，不仅于事实毫无根据，且实足以助长敌人之气焰，摧残爱国心情，立论之失当，孰有甚于此者。

（七）起诉书于第七款内主张在韬奋家中搜得之《斗争报》并非有利于被告等之证据。被告等自问无罪，未尝引为反证；所以将其有关于韬奋与乃器之批评指出者，不过因上海市公安局向江苏高等法院第三分院请求移提时，曾据为不利于被告之证据已耳。查韬奋向未知有该报，偶遇友人谈及该报载有涉及韬奋与乃器之文各一篇，并为设法购得一份交阅。韬奋阅后，一笑置之。此为该报入韬奋家之原因。该报于所载关于韬奋一文指韬奋为资本家，于所载关于乃器一文谓乃器主张在国民党领导之下救国，在对于中央效忠的一点上，与法西斯理论家的主张一致。并谓乃器不分阶级，不分党派，没有政治野心，没有争取政权的企图，引入爱国一途，减少斗争的力量。在被告等固无须藉为有利之证据，然检察官欲摘取他人一二无故谩骂之词，以为不利于被告等之证据，则亦显不合法。

（八）起诉书第九款系以西安事变为中心论据，认为被告等勾结军人，谋为轨外行动。然查西安事变发生于去年十二月十二日，而被告等早于同年十一月廿二日被捕。当时正被羁押于苏州江苏高等法院看守分所。身在囹圄，不但无法与外人勾结，且即该项事变亦实无从知悉。嗣检察官于今年三月九日开第五次侦查庭时，略举张学良要求八项相告，询及被告等对于兵谏办法赞成与否，被告等当时答称：此种兵谏办法有引起内战、削弱抗日力量之危险，不能赞同，有侦查笔录可考。起诉书谓以被捕入所业经两旬之人而能与军人勾结，无非以左列各项实事为论据：

（甲）起诉书因张学良所提出之八项主张内有“容纳各党各派，负责救国，及立即解放上海被捕之爱国领袖，立即召开救国会议”等项，遂认为被告等与张学良有互相联络之情形。然查全

国各界救国联合会为希望全国团结，一致抗日起见，固有各党各派在中央领导之下竭诚合作，及召集救亡大会以期集中国力之呼吁；然绝未尝有鼓动人民反对政府之言论与行动。联合一致，抗敌救亡，为大多数国民之要求，且为自中山先生垂训以来，中央一贯之政见，并为国难发生以来政府逐渐施行之政策，已如前列第三款内之所详述。救国会自无法禁止他人为类似之主张，更不能为张学良所发全不相同之通电负责。至张学良以释放被告等为条件，乃张学良之行为，与被押业经两旬之被告等何涉？且我国上下要求释放被告等者实不止张学良一人。以此为被告等勾结军人之证据，揆诸事理，实不可通。

（乙）至各地救国会则均系自动组织，非经请求加入全救会，在全救会方面即无从知其存在。全救会于去年五月卅一日成立之时，并无西安救国会之代表列席。被告等于事后亦未知该地有此组织。检察官以此相询，被告等只能据自己之所知以对。乃起诉书竟因《救亡情报》内有关于西安学生之救国运动及救国团体之记载，遂认为被告等必已知之，显属臆测。

（丙）起诉书又引《救亡情报》所载全救会为援绥抗日致张学良之电。然该情报同一页上即载有全救会上国民政府及致傅作义军长电，内容大致相同，均在督促坚决抗日与出兵援绥，自有原文可稽，不容妄加附会。当时匪伪进攻绥远情势万分危急，国人莫不一致要求出兵抵抗。全救会亦本其抗敌救国之宗旨，驰电中央及有关系之各方，以尽其奔走呼号之力。无论其时远在匪伪攻绥之初，距西安事变甚远，何止起诉书所称之“浃旬”。而各电报之内容要均与西安事变并无丝毫联系，呼吁援绥，与西安兵谏，实属风马牛不相及之两事。若谓督促出援，即为勾结，主张抗敌，即属轨外，则当时报载此类文电甚多，岂均在应受检举之列耶！

（丁）起诉书又有私立救国联合会一语。然查被告等曾以全

国各界救国联合会代表资格向二中全会请愿，并迭向地方当局请愿陈情，已如前列第二款乙目内所述，尚何得谓之私立！若谓未经登记，则以抗日之团体请求登记，照准则于外交或有不便，不准则将招阻碍抗日之误会，徒使政府为难，并无丝毫实益。且此亦至多不过一程序上之问题，与被告等之犯罪与否何涉？

（戊）至起诉书内又涉及联合各党各派，建立抗敌政权，鼓吹人民救国阵线各问题，则已分别在前列第三款，第二款及第四款内，详细辨明，可不赘述。

起诉书第九款以电促出兵援绥为勾结军人，以变起仓卒之事令被押业经两旬之被告等负责，以他人要求释放被告等为被告等之罪证，断定被告等系以危害民国为目的而组织团体，并宣传与三民主义不相容之主义，其为故意入人于罪，实属毫无疑义。

（九）起诉书于第十款内主张罗青曾参加以危害民国为目的之团体，在牵涉乃器并及钧儒、韬奋之处，兹连同起诉书第二款及第五款内罗青涉及乃器之处，一并答辩之。

（甲）起诉书第十款内称："罗青承认担任组织江苏各界救国联合会属实"，于第五款内称："被告等以其系对于救国会所表示之响应，竟将是项反动刊物由章乃器授予罗青，命其担任组织江苏各界救国联合会"各等语。查乃器并未命罗青担任组织任何救国会，且全救会亦从无派人出外组织任何团体之事。其他地方有救国会成立者，亦均系当地自动组织，非经前来全救会请求加入，即与全救会不发生任何关系。检察官如欲查明乃器有无命罗青担任组织之事，应就事实审查，何能仅凭罗青一面之词？且即罗青亦始终并无此项供词。查检察官询以："他要你组织江苏各界救国联合会么"？答："是的。我同他一度接洽，他同意我进行江苏省各界救国联合会的。"（见廿六年一月十五日侦查笔录）嗣又询以："是章乃器要你组织江苏各界救国联合会否？"答："不是他叫我组织的，是我自己去组织的。不过得他同意，取得联络

的。”（见廿六年三月四日侦查笔录）其于侦查时所递申请停止羁押状内亦称：“申请人从事救国运动，并未加入其已成组织，对全国各界救国联合会仅与其负责者章乃器一人作一度私人之接洽，除理论与政策方面外，彼此之行动，鲜所关涉，亦至隔阂。”（见侦查卷第三宗第一〇二页）是即罗青之状供亦根本并无乃器命其担任组织该会之词。

（乙）起诉书于第二款第五款及第十款内均涉及乃器将印刷文件交与罗青一节。查乃器于罗青来晤时曾因索取之故，将《全国各界救国联合会大会宣言》及《政治纲领》与《团结御侮的几个基本条件与最低要求》三种印刷品交与。至于其被捕时在其所寓之江阴饭店内同时搜获之印刷文件《共产党致国民党书》及毛泽东之油印书函，则并非乃器交与。试思乃器家中所有印刷文件，均于被捕之时，为市公安局人员搜索取去，至今均仍存在案中，而其中并无该两种之文件。且谓以此种文件随意交与一素不相识初次见面之人，实属太不近情，根本上已不足信。

（丙）起诉书又于第十款谓：罗青供称：“与章乃器接洽时沈钧儒、邹韬奋亦一同在座。”然事实并非如此。钧儒从未在乃器家中与之相遇。韬奋则即乃器当时所住之宅，亦从未到过，更无相值可能。盖乃器于去年九月间始迁入该宅，距罗青来访之时，尚仅一月也。且起诉书主张钧儒、韬奋在乃器家中偶与罗青相遇，亦本属琐屑之情事，苟非确与事实相反，可何必提出置辩！

起诉书于第二、第五、第十各款内既置罗青明认自动组织江苏各界救国会之供词于不顾，而武断其为出于乃器之所命；复凭罗青一面之词，强指乃器为以共产党书函之印刷品交与，并认钧儒、韬奋亦曾与其相遇，其为有意罗织，实至显然。

据上陈述，可知被告等从事救国工作，无非欲求全国上下团结一致，共御外侮。与政府历来之政策，及现在之措置，均无不合。起诉书于救国会之目的及政府之国策，均有未明，所列犯罪

证据十款，无一足以成立。用敢据实上陈，伏乞钧院秉公审理，依法判决，谕知无罪，以雪冤狱，而伸正义；并请赐予停止羁押，俾得在外候审，实为公便。谨状江苏高等法院。

中华民国二十六年六月七日

（原载《申报》，1937年6月8日至15日）

沈钧儒案第一次审讯记录

（摘录，1937年6月11日）

审判长问沈钧儒：你怕吃力吗？要不要拿一个椅子？

沈钧儒答：用不着的。

问：你做什么事的？

答：执行律师职务；另外自十六年起即在私立上海法学院担任教务长。

问：以前担任过什么政治工作么？

答：没有。

问：全国各界救国联合会是怎样组织的？

答：全国各界救国联合会是以各地救国会作单位的。先由各地斟酌地方情形，分别组织各个救国会，再来联合起来，成立该地各界救国联合会，再由各地各界救国联合会派代表组成全国各界救国联合会。譬如上海的各界救国联合会就是它的一个单位。

问：上海各界救国联合会，包括哪些组织呢？

答：有文化界救国会、职业界救国会、妇女界救国会、大学教授救国会、学生救国会、国难教育社等。

问：加入救国会有什么手续呢？

答：凡愿意抗日的都可加入，没有什么限制。我们觉得每一个中国人都应该救国，都有能力救国，所以对于入会的人没有任

何手续上的限制。不过有一点我可说明，以供审判长作参考：上海在“一二八”事变的时候，就有一个叫做上海各团体救国联合会的组织，我们那时都参加过，所以到了去年组织救国会，我们认为以各团体来组织是有流弊的，三个人也可组织一个团体，五个人也可以组织一个团体，应当把“各团体”改做“各界”，所以就成立了上海各界救国联合会。这五年以来，上海的救国工作从来没有间断过，现在的救国会，就是一贯发展下来的。

问：你说上海各界救国联合会是由以前的各团体组织的，这些团体是什么呢？

答：我们发起的时候，上面说过已有文化界救国会，职业界救国会，妇女界救国会，学生救国会与大学教授救国会，还有教育界方面有个国难教育社也在内。

问：那么，还有工人救国会吗？

答：现在有没有工人救国会是不晓得；那时是还没有，工人是包括在职业界救国会里面的。

问：上海各界救国会成立以后再成立全国各界救国联合会，全国各界救国联合会成立以后，再在各地成立救国会，是不是这样的呢？

答：不是的，各地因为环境压迫，有没有救国会是不能一定的。在全国各界救国联合会成立的时候，是先就这许多已经有了救国会的地方，各推代表来参加，才成立了全国各界救国联合会的。并不是先有了全国各界救国联合会，然后再去组织各地救国联合会的。

问：你参加的是哪一个救国会？

答：本人参加的是文化界救国会。

问：文化界救国会的宗旨是什么？

答：以抗日救国为宗旨。

问：文化界救国会有章程吗？

答：有的。

问：章程里面讲的是什么？

答：讲的是关于团结抗日及组织的方法。

问：上海各界救国联合会各有章程吗？

答：有的——也是关于团结抗日的。

问：全国各界救国联合会是什么时候成立的？

答：是二十五年五月卅一日成立的。

问：有多少代表参加？

答：华南、华北，长江流域一带及各地方，都有代表出席。

问：各地方是不是派代表就可以参加呢？

答：是的，有救国会的地方都可以派代表来参加。

问：大会的组织是怎样的？

答：推选执行委员，再由执行委员中推选常务委员。

问：执行委员有多少人？

答：记不清楚了；大约是四十一人，但当时没有推齐。

问：常务委员几人？

答：记不清，大约是十三人或十五人。

问：你是执行委员还是常务委员？

答：是常务委员。

问：章乃器也是常务委员吗？

答：是。

问：那么李公朴、邹韬奋、沙千里、史良、王造时也都是常务委员？

答：邹韬奋不是常务委员，是执行委员；其他李公朴、沙千里、史良、王造时都是常务委员。

问：那么，顾留馨呢？

答：不知道。

问：他是不是救国会会员呢？

答： 大概是救国会会员，不过我不认识他，因为救国会会员是非常之多。

问： 任颂高呢？

答： 他也是救国会会员。

问： 罗青你认识吗？

答： 不认识。

问： 那次大会的人数有多少？

答： 不记得了，大概有七十余人吧。

问： 上海的人多呢，还是各地的人多？

答： 各地的人也不少。

问： 都是代表还是会员？

答： 都是有正式证明的代表。

问： 任颂高、顾留馨两个人的事你知道吗？

答： 不清楚，看到起诉书以后才知道的。

问： 那么，他们几时加入救国会的？

答： 因为会员很多，所以没有方法能知道他们是几时入会的。

问： 任颂高是不是代表？

答： 任颂高不是代表。

问： 五月卅一日开了全国各界救国联合会成立大会以后，继续开过会吗？

答： 开过两次执行委员会。

问： 都在什么时候？

答： 我们在上海开会是不很自由的。所以要找到开会的地方很不容易。我们第一次开执行委员会，是在大会闭幕以后第二天；第二次是在马相伯家里开的，因为马相伯也是执行委员，日子记不清楚了。

问： 你们的大会宣言是何时起草的呢？

答：大会上推人起草的。

问：宣言是秘密的吗？

答：在二号那天，我们曾拿了宣言到上海市政府去找过吴市长。

问：吴市长赞成不赞成呢？

答：那我不能知道。不过我们后来与他还很有来往；只有从他把我们拿来这一点上，追想起来，也许是不赞成。

问：你们的宣言是做什么用的？

答：是表明全国各界救国联合会的宗旨的，对民众对政府陈述我们的抗敌主张。

问：是作宣传用的吗？

答：也可以说是作宣传用的，是向民众而且也要向政府说明我们全救会的宗旨。次日送宣言给吴市长，也是这个意思。

问：你们的政治纲领呢？

答：那时大家对抗日意见还不能全然相同。所以，我们提出了这个初步政治纲领，向各方征求意见，并供大家的研究。

问：政治纲领里面关于联合各党各派及召集救亡会议两点是怎样解释的？

答：集中全国力量共同抗日。

问：希望抗日的是指哪些人？

答：全国的人民大家都应该救国，都应该把他们在抗日救国之下统一起来。

问：所谓联合各党各派是指哪些党派呢？

答：并没有指定是哪一党哪一派。希望全国各党各派，都放弃成见共同联合起来抗敌。当然，凡是中国人，除了汉奸都在内。

问：你们指哪些党派还没有联合起来？

答：在全救会成立的当时，西南两广当局与共党的红军，都

尚在显然与中央站在对抗的地位，所以我们那时主张要联合起来。

问： 那么，你们就愿意负这个联合之责吗？

答： 我们觉得当时中央政府与地方政府，与共产党之间，的确并未统一。我们以为内部的纠纷不解决，是不能说到抗敌的。所以当时主张由人民来呼号，促进大家团结。我们希望是要各方的实力，不要自相消耗。

问： 国民党是不是被联合的一个党呢？

答： 国民党当然是联合中的一个，并且，当然居于领导的地位。

问： 还有共产党呢？

答： 假使西南与共产党是抗日的，我们认为当然应该联合。我们主张在中央政府的领导下，把抗敌的一切力量统一起来。从前蒋委员长也说是要先安内而后攘外，我们主张和平统一，消除内部纠纷，也就是先要安内的意思。

问： 什么内部的纠纷？

答： 就是那时的两广称兵，以及红军与国军的对垒，我们认为这都是耗损民族力量的内部纠纷。因为那时没有人出来说话，所以我们是站在民众的立场来说话的。

问： 是不是由各党各派起来组织一个政府呢？

答： 我们没有讲过这样的话。

问： 那么，纲领里面说建立一个统一的抗敌政权是什么意思？

答： 这一点请审判长特别注意。起诉书里面曾说，我们主张建立一个统一的抗敌政权是为的对内，不是对外，就是极大的错误。我们从来没有讲过另组织一个政府的话。我们认为国民政府当然是最高的组织。我们是国民政府统治下的人民，如果有另行组织政府的企图，那就是革命，怎样会把自己的文件公开，并且

拿去见吴市长呢?

问：各党各派既然共同组织抗敌政权，那么国民党一党治国怎样解释呢?

答：我们主张各党各派在统一的抗敌政权之下，是仍由国民党来做领导。

问：那么，怎样统一呢?

答：我们认为只有消灭内部纠纷和矛盾，才能一致对外。而也只有和平才能统一。那就是统一，要是这样，那才是真正的统一。这数年以来，国家方面因内部纠纷所受的损失也已不少。

问：你们政治纲领中主张召开国民救亡会议，反对宪法草案，是什么意思呢?

答：并不是反对。那是根据中山先生十三年北上时宣言召开国民会议的主张而来的。我们认为宪法固然重要，但在当时，华北情势严重，全国在敌人胁迫之下，更重要的是抗敌，所以我们主张召开国民救亡会议，集中全国力量专对付抗敌。说宪法是多余，意思是这样的。

问：开会后是建立政权吗?

答：开会后，全国就可统一，中央政权就可巩固。

问：救亡会议是不是由各党各派来组织?

答：如果内部没有纠纷、没有什么不可以由各党各派来组织。

问：所谓各党各派包括哪些党派，是否指容共而言?

答：国内所有党派都在内，如像国家主义派、第三党等也是不能否认的政党，共产党当然也在内。说到容共与清共这只是政策的转变，不是绝对的。按孙中山先生的遗教，“容共”是团结力量的好名词，但清共以后变成坏名词了。关于救国会的所有文件，只说停止内战，从未说过“容共”二字。

问：你赞成共产主义吗?

答：赞成不赞成共产主义，这是很滑稽的。我请审判长注意这一点，就是，我们从不谈所谓主义。起诉书竟指被告等宣传与三民主义不相容的主义，不知检察官何所依据？如果一定要说被告等宣传什么主义的话，那么，我们的主义就是抗日主义，就是救国主义。

问：抗日救国不是共产党的口号吗？

答：共产党吃饭，我们也吃饭；难道共产党抗日，我们就不能抗日吗？审判长的话，被告不能明白。

问：那么你同意共产党抗日统一的口号了？

答：我想抗日求统一，当然是人人所同意的。如果因为共产党说要抗日，我们就须要说"不抗日"；共产党说统一，我们就须要说"不统一"，这一种的说法，是被告所不懂得的。

问：你们除主张打倒日本帝国主义外，还主张打倒其他帝国主义吗？

答：主要的是打倒当前的最大敌人日本帝国主义。

问：共产党真能抗日吗？他们一面主张抗日，一面主张土地革命，你晓得吗？

答：这要问共产党员，我不知道。不过我们认为在抗日前提下，可以联合共产党。因为能够不损国力，团结一致。最近这数年，蒋委员长为国劳苦，军队方面的损失，财政方面的损失，不知多少。这是一种事实，我们人民不能不关心。

问：你们反对政府剿共么？

答：这不是这样简单说法的。我们最反对的是日本要来与我们合作防共；关于剿共，我们没说过。不过政府剿共十年，政府与人民很苦，我们不能不关心。至于说我们巴结共产党，我们的脑子里想也想不出来。

问：你同章乃器、邹韬奋、陶行知四人发表的"团结御侮告国人书"是在什么时候？

答：大概七月间。

问：说些什么话？

答：主要的是叫全国人民大家团结御侮。

问：和全救会宣言同不同？

答：大概是相同的。

（沈供至此，已三时五分，要求赐茶一杯。李肇甫律师以沈年老，恐不能久站，请给沈坐。沈摇手连说“不要！”“不要！”移时茶至续审。）

问：为什么要发表这小册子？

答：救国工作是很艰苦的；因为各方面不易了解，所以我们才发表这小册子，向各方提出最低限度的要求。

问：救国会有共产党么？

答：救国会会员很多，无从知道。对于入会的人不能问明他是不是共产党，只问他抗日不抗日，并且共产党哪里会自己说明是共产党的呢？所以要问也问不出来。

问：你知道你们被共产党利用么？

答：假使共产党利用我抗日，我甘愿被他们利用，并且不论谁都可以利用我抗日，我都甘愿被他们为抗日而利用。

问：组织救国会是共产党指使的吗？

答：刚刚相反，我们组织救国会，正是为了国内不安，要叫共产党大家都来一致抗日。审判长这样的问话，那是错误的。

问：在你们看来，共产党有没有抗日的表示？

答：我们在报上看见是有的；他们要通过山西去打日本帝国主义。

问：你们与共产党有没有往来？

答：从来没有什么往来。

问：那么毛泽东的那封油印信呢？

答：那是毛泽东在报上看到了被告等的主张才写信给我们的。在这个信上，开头就说得很明白。

问：你们去年什么时候打电报给张学良的？

答：大概是在十一月十几，绥远事变发生以后，不但打电报给张学良，同时也打电报给国民政府、傅作义、宋哲元、韩复榘等军事领袖。

问：打电报给他们是什么意思？

答：请求他们援绥，并督促中央领导全国出兵抗日。

问：怎样发出的？

答：快邮代电。

问：《救亡情报》在哪里发行的？

答：在上海。

问：是什么人发行的？

答：是上海的几个救亡团体发行的。

问：哪几个？

答：就是文化界救国会，妇女界救国会、职业界救国会、大学教授救国会、国难教育社五团体发行的。

问：《救亡情报》是什么宗旨？

答：说明抗日救国的意义。

问：全国各界救国联合会和上海各界救国联合会登记没有？

答：我们与上海市党部、市政府等常有文件往来，在文件上就用救国会的戳印，所以虽没有登记，但上海各党政机关各界人士都已知道的。至于手续上没有登记的原因，那是因为知道上海当局的为难。大家知道，救国会如果向市党政机关正式登记，说不定日本人会向上海当局提出无理要求的。为了避免这种外交上的困难，所以没有做形式上的登记手续。

问：那么，救国会就是秘密的了，因为人民团体是必须登记的。

答：这一点，审判长的猜想是错误的。救国会虽没有登记，但所做的事情都是绝对公开的。如果把不登记认为就是秘密的，

我们拿宣言去见吴市长又怎么解释呢？救国会是没有丝毫秘密性质的。

问：西安事变你知道吗？

答：当时在看守所里，无从知道。

问：第三国际第七次大会决议案决定要扩大红军，巩固苏区，与反日力量联合起来，这个决议案你看到吗？

答：接到起诉书以后才知道的。

问：第三国际第七次代表大会是什么时候开的？

答：这要问共产党，我不知道。

（至此，沈向审判长请求将案内关于此点的证据文书发给阅看。沈看后，声明这是陈绍禹等私人著作，不能算是一种证据，这里面所说的，也只是关于共党的，完全与救国会不相干涉。）

问：共产党怎么救国的？

答：那是共产党的事情，与救国会没有关系。

问：上海学生罢课的事情你们知道么？

答：不知审判长指的是哪一次？

问：那么，罢工的事情知道不知道呢？

答：我不是工人，我不知道。如果审判长以为我是知道的，那么请说明是哪一次。

问：就是二十五年十一月二十三日上海日商纱厂罢工那一次。

答：知道。看了报才知道有日商纱厂罢工的事情。

问：救国会组织罢工后援会吗？

答：当时在孙中山先生诞辰纪念大会上，有日本纱厂的工人报告日本帝国主义怎么虐待他们，杀害他们，他们没有办法，只好罢工了。在罢工时间，没有饭吃，没有屋住，要求各界同胞援助。因此当场由大家提议组织了一个日商纱厂罢工后援会，援助他们，并且当场募捐得四百余元。

问：事前你们知道吗？

答：事前绝对不知道。

问：那么，罢工后援会是救国会组织的了。

答：据被告所知道的，救国会与罢工的事情没有一点关系。

问：组织救国会到底是什么意思？

答：我们觉得国难严重，应该团结民众，集中一切力量抗日。救国会就是做这一种呼吁的机关。

问：除了救国以外，还有什么意思么？

答：除了救国，不应该有别的意思。

问：人民阵线与救国阵线有什么不同？

答：那是绝对不同的；人民阵线是对内，而救国阵线是对外的。我们没有用过"人民阵线"这个名字。

问：救国阵线怎么对外呢？

答：全国人民各党各派各阶层应该散弃一切成见，在抗日前提下联合起来。

问：救国阵线的口号是什么？

答：除了抗日救国，没有其他口号。

问：为什么称为救国阵线呢？

答：就是大家一致救国的意思；什么阵线，什么阵线，所以有了许多不同的名词的缘故，完全是为了说话的方便关系。

问：办法呢？就是只有联合各党各派救国吗？

答：是的，宣言中早已说明了。

问：罗青是不是救国会会员呢？

答：不是的。方才在待审室里有一个人，我疑惑他是钧院派来监视我们的，由史良介绍，我才知道就是罗青。

问：你在章乃器家里是不是看见过罗青的？

答：记不清。

问：全国各界救国联合会是派人到各地去组织救国会吗？

答： 不是的，各地救国会都是自动成立的。

问： 罗青是不是你们派他去组织"江苏各界救国联合会"的？

答： 没有的。根本不知道罗青是怎么样一个人。

问： 你还有别的意思吗？

答： 我觉得把西安事变的责任加在我们身上实在奇怪，请审判长向张学良调查。

（中略）

审判长问： 你是国民党党员吗？

沈答： 是的。民国元年的时候，就是国民党党员，最近也还登记。

问： 是属于上海党部吗？

答： 是的。

（原载《救国会》中国社会科学出版社 1981 年 10 月版）

第六章 政治责任和法律责任的界线

——林彪、江青反革命集团案

从法制到法治，是人类历史发展的必然趋势。旧中国的法律制度由于它的反动性而必然要退出历史舞台。随着新民主主义革命的胜利和新中国的成立，社会主义法制得以确立。但是，社会主义法治之路并不是一帆风顺的。由于种种历史原因，我国的民主法制建设经历了许多挫折，直到邓小平同志在1978年召开的中共中央工作会议上提出“必须使民主制度化、法律化”后，社会主义法制才重新走上正确的轨道。而对林彪、江青反革命集团的罪行从法律上进行清算，则是社会主义法制重新走上正轨的一个重要标志，这是因为：第一，这一审判向世人表明了法律面前人人平等是社会主义法律的一个基本原则。一个人，无论他的地位有多高、权力有多大，只要犯下了损害党、国家和人民利益的罪行，就必然要受到法律的制裁；第二，这一审判向世人表明了“以事实为依据，以法律为准绳”是我国刑事诉讼法的一项重要原则。在刑事诉讼中，必须以事实为依据，通过合法的途径收集证据来认定事实，而不能靠主观臆想来定罪量刑。总而言之，这场审判不仅仅是一件重大的政治事件，而且是一件重要的法律事件。在这场审判中，法律原则体现之充分，法律程序操作之严谨，都是前所未有的。当然，如果用今天的法治眼光来衡量，林、江集团案的审判或许有不完善之处，但是，我们并不能因此而否认它是我国从法制走向法治的一个重要的历史里程碑。

一、案情介绍：窃国大盗的倾覆

1966年，《五·一六通知》揭开了"文化大革命"的序幕。在中央文革小组这个文化大革命的领导机构中，本案的几位被告均身任要职。陈伯达担任组长，江青、张春桥担任副组长，而姚文元为组员之一，康生担任顾问。中央文革小组不同于以往中央设立的各类领导小组，它是为了解决中央领导核心中对"文化大革命""很不理解、很不认真、很不得力"的矛盾而设立的，该小组直接"隶属于中央政治局常委之下"，撇开了中央政治局和中央书记处。从它成立的第一天起，就表现出摆脱中央集体领导的明显意向，成为"文化大革命"的实际指挥机构。当时，以担任中央副主席并被内定为接班人的林彪为首脑也形成了一个集团，其骨干成员是林立果、叶群、周宇驰、黄永胜、吴法宪、李作鹏、邱会作、江腾蛟等人。以江青为首的集团，主要包括了张春桥、王洪文、姚文元三人，被称为"四人帮"。陈伯达则在文革初期与江青一伙策划了迫害党和国家领导人的活动，在1970年庐山会议时被揭露。林、江两个集团狼狈为奸，互相勾结，同时又各有所图，争权夺利。特别在林彪坠机摔死在蒙古以后，林彪集团不复存在，江青集团收罗其残余，继续从事反革命活动。鉴于两个集团千丝万缕的关系，实际上很难把他们的罪行一一区分开来，所以在本案将他们统称"林彪、江青反革命集团"，一起提起公诉。

从"文革"开始，林彪、江青集团就有预谋、有计划地进行篡党篡国的活动。1966年8月，刘少奇同志时任国家主席、中央政治局常委，就在八届十一中全会期间，林彪、叶群背地里捏造了诬陷刘少奇同志的材料，指使雷英夫出面写成书面材料，由

林彪批送江青。江青、康生、陈伯达决定召开“批斗刘少奇大会”，进行人身迫害。江青直接控制“刘少奇专案组”，大搞刑讯逼供，以“大叛徒、大内奸、大工贼”的罪名，将刘少奇迫害致死，制造了新中国第一号冤案。在此过程中，江青擅自决定逮捕了11人，其中2人被迫害致死。他们就是用这种卑鄙的手段，先后诬陷和迫害了一大批老一辈无产阶级革命家，除刘少奇外，还有周恩来、朱德、邓小平、叶剑英、陈毅、贺龙、彭德怀、聂荣臻、徐向前、陆定一、罗瑞卿等人。据统计，光是受他们直接迫害的党政军领导干部就有425名。全国范围内，受到迫害的干部及群众共有72.7万人，其中3.4万人被迫害致死。林彪等人利用自身在党和军队中的地位，策划武装政变。林彪组织“联合舰队”，制定了政变计划《“571工程”纪要》，并图谋实施暗杀毛泽东的计划。张春桥等人以上海为基地，抓武装力量，在其即将覆灭之际，策动武装叛乱。

林、江集团的所作所为已经严重触犯了刑法。鉴于林、江案案情特别重大，1980年3月底，中央书记处作出一项“绝密”等级的决定：一、现在“两案”领导小组对案子抓到底；二、中央政法委员会抓“两案”的程序，要严格按司法程序办事；三、对“四人帮”案要专门组织一个预审班子，由公安部负责……1980年9月第五届全国人民代表大会常务委员会决定成立最高人民检察院特别检察厅对林、江案进行起诉；成立最高人民法院特别法庭，审判林、江案主犯。在案件的审理过程中，先后经过了52次法庭调查和辩论，有49名证人和被害人出庭作证，对各种证据873件进行了审查。姚文元、陈伯达、吴法宪、李作鹏、江腾蛟委托了律师或接受了法庭指定的律师为其辩护。1981年1月25日，法庭以领导反革命集团罪、阴谋颠覆政府罪、策动武装叛乱罪、反革命宣传煽动罪、诬告陷害罪判处江青、张春桥死缓，剥夺政治权利终身；分别判处姚文元等其他主犯16年、17

年、18年有期徒刑或无期徒刑，并剥夺政治权利5年或终身。[①]

本案的焦点问题是：（1）法律依据和刑法的溯及力问题。（2）刑事犯罪与“路线问题”的划界问题。（3）各被告在集团共同犯罪中的地位和作用问题。以下分而述之。

二、法律依据和刑法的溯及力问题

适用何种法律审判林、江集团，这是本案首先需要确立的问题。

在被告行为时，我国只有1951年制订的《惩治反革命条例》（以下简称条例）；而审判林、江集团时，《中华人民共和国刑法》已经颁布（公布时间是1979年7月6日，以下简称七九刑法）。是按当时的条例、法令、政策定罪量刑，还是依据“新”刑法确定被告们的罪行和刑罚？

七九刑法第9条规定，“本法自1980年1月1日起生效。中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为，如果当时的法律、法令、政策不认为是犯罪的，适用当时的法律、法令、政策。如果当时的法律、法令、政策认为是犯罪的，依照本法总则第4章第8节的规定应当追诉的，按照当时的法律、法令、政策追究刑事责任。但是，如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的，适用本法。”这是对刑法溯及力的规定。法律溯及力，又称法律溯及既往的效力，就是指新的法律颁布以后，对它生效以前所发生的事

① 王洪文1981年1月25日被判处无期徒刑，剥夺政治权利终身。1992年8月3日在北京病亡。江青1981年1月25日，以反革命集团首犯被判处死刑，缓期两年执行。1983年1月，最高人民法院刑事审判庭做出裁定，对其依法减为无期徒刑，原判处剥夺政治权利终身不变。1991年5月14日自杀身亡。张春桥1981年1月25日，被判处死刑，缓期两年执行，剥夺政治权利终身。1983年1月25日，最高人民法院刑事审判庭裁定，将对其原判处的刑罚，依法减为无期徒刑，原剥夺政治权利终身不变。姚文元1981年1月25日，被判处有期徒刑20年，剥夺政治权利5年，

件和行为是否适用的问题。如果适用，法律上称之为有溯及力；如果不适用，就不具有溯及力。法学上称之谓“不溯及既往原则”。在各国刑法中，对法律溯及力的规定很不一致，主要有以下几种：第一，从旧原则。即新法律不溯及既往，过去的犯罪按照过去的法律处罚。第二，从新原则。即新法律有溯及既往的效力，过去行为未作处理的，按照新法处理。第三，从轻原则。即比较新法与旧法，哪个对行为人的处罚较轻，就按那个法去处理。第四，从新兼从轻原则。即新法原则上溯及既往，但旧法对行为人的处罚较轻时，即从旧法。第五，从旧兼从轻原则。即新法原则上不溯及既往，但新法对行为人的处罚较轻时，则从新法。从旧兼从轻原则，目前已成为世界各国的通例。我国七九刑法从之。采用从旧兼从轻原则的目的是为了使犯罪嫌疑人不至于因为法律的更改而被加重处罚。

对于林江集团主犯来说，是适用“条例”或者“刑法”，比较而言，同样的犯罪，前者的惩处普遍比后者重。如对于武装叛乱罪，“条例”规定首要分子“处死刑或无期徒刑”，而“刑法”中“处无期徒刑或者 10 年以上有期徒刑”，“对国家和人民危害特别严重、情节特别恶劣的，可以判处死刑”。因此，法庭认为，适用“新”刑法更合法意。

三、刑事犯罪还是“路线问题”？

关于刑事犯罪与“路线问题”的划界问题，彭真同志提出，“……有不少是路线问题，我们是审理罪行的，路线问题我们管不着。公、检、法没有资格审查党的路线问题，也不应过问这个事”，“起诉意见书上所列的犯罪事实，同毛泽东的晚年错误划开了。起诉书不涉及路线问题，工作上的错误包括党纪、军纪、政

纪问题都不涉及。这次审判只审罪行"。

一个人犯了错误和一个人犯罪是截然不同的两回事。所谓错误是主观与客观的分离，违背客观规律的行为；而犯罪是指依法应当受刑罚惩处的行为。因此，两者的性质和程度是不同的。把工作路线与方法的错误与犯罪区别开来，是本案的一个重要原则。这里有两种情形：其一，把林江案主犯所犯的罪行与文革中毛泽东同志和党内其他一些同志不同程度有过的错误区别开来。对此，邓小平在会见意大利记者奥琳埃娜·法拉奇时解释说，"毛主席的错误和林彪、'四人帮'问题的性质是不同的。毛主席一生中大部分时间是做了非常好的事情的，……但是很不幸，他在一生的后期，特别在'文化大革命'中是犯了错误的，而且错误不小，给我们党、国家和人民带来许多不幸。你知道，我们党在延安时期，把毛主席各方面的思想概括为毛泽东思想，把它作为我们党的指导思想。正是因为我们遵循毛泽东思想，才取得了革命的伟大胜利。当然，毛泽东思想不是毛泽东同志一个人的创造，包括老一辈革命家都参与了毛泽东思想的建立和发展。主要是毛泽东同志的思想。但是，由于胜利，他不够谨慎了，在他晚年有些不健康的因素、不健康的思想逐渐露头，主要是一些'左'的思想。有相当部分违背了他原来的思想，违背了他原来十分好的正确主张，包括他的工作作风。这时，他接触实际少了。他在生前没有把过去良好的作风，比如说民主集中制、群众路线，很好地贯彻下去，没有制定也没有形成良好的制度。这不仅是毛泽东同志本人的缺点，我们这些老一辈的革命家，包括我，也是有责任的。我们党的政治生活、国家的政治生活有些不正常了，家长制或家长作风发展起来了，颂扬个人的东西多了，整个政治生活不那么健康，以至最后导致了'文化大革命'。'文化大革命'是错误的。"在中央政治局会议上，邓小平再一次强调："起诉书的内容不能涉及毛主席、周总理的错误，这一点要

特别慎重。”其二，林江案主犯的活动，也并非全部都是犯罪，其中也有一部分是属于各种错误。比如，“对刘少奇同志定案问题”，“文艺黑线专政”，“上海一月夺权”，“二月逆流”，“7·20 事件”，“文攻武卫问题”，“杨、余、傅事件”，“军委办事组代替军委常委问题”，“中央文革代替中央书记处问题”，“诬蔑周总理所谓十一次路线斗争代表的问题”，“1976 年诬陷迫害邓小平同志的一些问题”，“天安门事件问题”，“向维特克泄密问题”。这 13 件大事最终被定性为“路线错误”而未被写进起诉书。在文化大革命中存在着各种错误与犯罪交错并存的复杂情况，能否正确和严格区分错误和犯罪，就成为一个非常重要和突出的问题。

在本案中如何划清错误与犯罪的界限呢？可以从三个方面来区分：

第一，两者性质的不同。正确与错误是一个是否符合真理的判断，而犯罪与非罪是一个是否符合人类制订规则的判断。可以说，错误常常有之，我们的主观和客观一旦不相符合，就会有错误发生。而犯罪必须是触犯法律规定的行为。对于错误，一般采取批评与自我批评的方式解决；而犯罪，必须受到法律的处罚。在本案中，林江集团所作所为已经大大超出了错误的范围。根据刑法规定，凡是颠覆政府，分裂国家，策动叛乱，危害社会主义制度，都属受刑法规定严惩不贷的反革命罪行。这些同革命队伍里、人民内部的是非问题，乃至造成严重后果的路线错误，都是性质不同的两回事。

第二，两者的手段不同。导致错误的行为一般都是符合工作的程序和组织原则，为当时的政策、法律所容许。而实施犯罪的行为，通常其手段是非正当的、为法律所禁止的。林江集团搞刑讯逼供，制造伪证，诬告陷害，不择手段地为其篡党夺权的目的大肆迫害了一大批老干部。他们还煽动打砸抢，策动武斗和反革命暴动，这些与正常的工作程序、组织程序毫无共同之处。

第三，两者的目的不同。从目的出发，也是区别错误与犯罪的一种方法。在本案中，林江集团以篡党夺权、“改朝换代”为目的，构成了反革命罪的主观故意。这不是有意或无意造成的工作失误和路线错误。

可见，本案中江青以所谓的按照毛主席的指示办事为理由为其犯罪行为辩护和姚文元提出的“有错无罪论”，都是站不住脚的。

四、主犯与主犯都一样吗？

如前文所述，七九刑法已被确立为本案的法律依据。

该法第23条规定：“组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的或者在共同犯罪中起主要作用的，是主犯。

“对于主犯，除本法分别已有规定的以外，应当从重处罚。”

最高人民检察院特别检察厅在起诉书中将16名被告都列为反革命集团的主犯，并依据上述规定认为所有被告都“应当从重处罚”。

而被告人陈伯达、姚文元、吴法宪、李作鹏、江腾蛟的辩护人则主张，在确定反革命集团中的各个犯罪人的刑事责任时，既要把主犯与从犯加以区别，又要把各主犯之间在反革命集团中所处的地位和作用加以区别；本案需要追究刑事责任的10名主犯，每个人在集团中的“地位和作用是各不相同的，在追究他们的刑事责任时，应当进行具体分析，只有通过具体分析，才能恰当地适用刑罚”。比如，“被告陈伯达在诬陷、迫害刘少奇这一共同犯罪活动中，他负有一定罪责，但他的地位和作用不同于林彪、江青、康生、张春桥等人”，另外，对起诉书检控的一些重大罪行，“陈伯达都没有参与，因此虽然他是该集团的主犯之一，但他不

能对这些罪行负责"。关于被告陈伯达在冀东事件中应负罪责问题，辩护人辩护道，这一事件"实际还存在着一些其他因素，……因此，陈伯达对此严重后果，应负一定罪责，而不能负全部责任"。还有，被告陈伯达在庭审过程中，"承认了全部犯罪事实"，一再表示愿意"承担罪责，接受应得的惩罚，态度是比较好的"。据此，辩护人请求法庭对其从轻处罚。再比如姚文元，其"同江青比较起来，毕竟是有着重要区别的"，对于起诉书控诉的一些罪行，或者他不起"主要作用和决定作用"，或者他的行为与危害结果没有直接的因果关系，根据罪、罚相当原则，量刑时应当予以考虑。这些辩护意见部分被法庭所采纳。

由于七九刑法在量刑上没有对组织、领导犯罪集团的首要分子和犯罪集团的其他主犯作明确区分，从而造成适用上的争议和混乱。经过1997年第八届全国人民代表大会第五次会议修订的刑法修补了这一法律漏洞。

该法第26条规定："组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的或者在共同犯罪中起主要作用的，是主犯。

"三人以上为共同实施犯罪而组成的较为固定的犯罪组织，是犯罪集团。"

"对组织、领导犯罪集团的首要分子，按照集团所犯的全部罪行处罚。"

"对于第三款规定以外的主犯，应当按照其所参与的或者组织、指挥的全部犯罪处罚。"

五、反思：人治还是法治？

法治理念和人治理念之争可谓是一个古老的问题。当年的柏拉图曾经得出，世界上最好的国家应该是由哲学王来担任国王。

有了这种最高智慧的统治，那么国家就是一定能够搞得好的了。但是，这种理想一直难以实现。到了晚年，柏拉图变得务实，追求一种“第二等好的国家”，即由法律来统治。亚里士多德在其名著《政治学》中提出“由最好的一人或由最好的法律统治，哪一方面较为有利”的问题，他分析认为，再好的贤人也不免有热忱，而执政时就会引起偏见，“法律恰恰正是免除一切情欲影响的神祇和理智的体现”，他总结道：“法治应当优于一人之治。”中国古代也有韩非等法家人物提出的法治思想，但是当时儒家的“礼治”、“德治”和“人治”思想居于主导的地位。从中国几千年的历史看，人们的思想意识的深处，不知不觉在重复着孔子和早年柏拉图的理想，一直是希望有一个如同尧、舜、禹一般贤明的君主来统治，使人民尽享太平和安康。可是，几千年的封建社会以及近现代，君王换了一个又一个，人们的美好愿望却一直得不到实现。

在新中国建立以后，中国人民的地位可以说发生了天翻地覆的变化，人民当家做主，获得了前所未有的解放和自由。但是我们恰恰忘记了历史的教训，没有把人民的利益在通过法律给予订立的同时又通过对于法律的尊重使这些利益切实得以保障。在“文革”砸烂公检法的疯狂口号下，法治理念退至一隅。林彪、江青一伙正是利用我国当时政治制度这一重大的缺陷，明目张胆地陷害党和国家的领导人，肆无忌惮地迫害和镇压广大干部和人民群众，疯狂颠覆社会主义的国家政权，把本来就很不健全的社会主义民主、法制破坏殆尽。

对于林江集团的审判，实际上是觉醒的人民在深知社会主义民主、法制的极端重要性后，奋起发动的一场争取民主、保卫法制的斗争。法治的理念和精神，既是我们要重新追求的，同时又是在审判林江集团上要把握的根本原则。审判要严格按法律的基本精神和具体规定办事，才能经得起历史的检验，经得起子孙后

代的检验。

这次审判，作为观念转变之起点，正是出于对法律精神的尊重，而不是单纯为了定罪，故在审理程序上严格执行了一切遵循法律规范的原则。

（一）设立特别法庭。根据当时《中华人民共和国法院组织法》规定，最高人民法院在民、刑庭之外，可以设立其他法庭。鉴于本案案情特别重大，设立特别法庭有助于查清事实，公正审判。我国的全国人民代表大会是最高的权力机构，在职能上监督国务院、最高法院和最高检察院的工作，有权作出设立特别检察厅和特别法庭的决定，但是具体的侦察、起诉和审判工作由特别检察厅、特别法庭执行，人大不会干预。

（二）回避的问题。当时的《刑事诉讼法》规定审判人员、侦察人员、检察人员回避情形有以下4种：是本案的当事人或者是当事人的近亲属的；本人或者他的近亲属和本案有利害关系的；担任过本案的证人、鉴定人、辩护人或者附带民事诉讼当事人的代理人的；与本案当事人有其他关系，可能影响公正处理案件的。那么，在本案中黄火青、江华、伍修权都是起诉书里列举的受害人，而他们分别担任特别检察厅厅长、特别法庭庭长、副庭长之职，为什么不回避？对于林江案来说，由于已经不是一个一般的刑事案件，林江集团给国家和民族造成了难以估量的灾难，如果说到受害者的话，可以说全国各族人民都是受害者。因此，全国人大常委任命特别检察庭和特别法院的人选，代表全国人民对林江集团主犯进行起诉，不存在回避的问题，也无可回避。这种情形就如同审判战争罪犯的纽伦堡大审判、东京审判一样。

（三）公审。本案的审判过程，有800多人旁听，包括各省、自治区、直辖市的代表，还有解放军的代表。但由于本案涉及国家机密，不容许外国人旁听。这不是因为像境外所说的是因为会

涉及毛泽东。对毛泽东往年所犯的错误的评价和审判林江集团是截然不同的两个问题。对于林江集团是要根据法律追究其刑事责任。

（四）辩护制度和律师制度的恢复。对于辩护制度，法律有明确规定。如《中华人民共和国宪法》规定："被告人有权获得辩护"，《刑事诉讼法》、《人民法院组织法》中规定更具体。案件被告人除自己进行辩护外，有权委托律师为他辩护，可以由人民团体或者被告人所在单位推荐的或者经人民法院许可的公民为他辩护，可以由被告人的近亲属、监护人为他辩护。人民法院认为必要的时候，可以指定辩护人为他辩护。本案中，陈伯达、吴法宪、李作鹏、江腾蛟主动要求律师为其辩护，姚文元接受法庭指定的律师作辩护人，而江青、张春桥、王洪文、黄永胜、邱会作没有委托律师辩护，也不要法庭指定辩护人为他们辩护。实际上江青最初也曾要求委托律师辩护，想让律师作她的"代言人"，要求律师违背事实和法律为她辩护，遭到了律师的拒绝，最后，她决定不委托律师辩护。如果说辩护制度早就在我国宪法中确立了的话，那么律师制度的实行则不是很顺利。律师制度在 20 世纪 50 年代中期兴办了两年左右即被取消了。到了 1979 年，才在全国范围内陆续开始恢复，当时总的来说，人们对律师制度的性质、任务以及为什么要为被告人辩护等都不大了解。本案审判前夕刚刚制定了《中华人民共和国律师暂行条例》，要到 1982 年 1 月 1 日才正式施行。本案中，有 5 名被告委托律师为其出庭辩护，这为今后律师工作的开展，创造了一个良好的先例。

审判林江集团，一般被认为是新中国法治的新起点，它对于我们坚定依法治国的信念，完善社会主义法制，无疑具有深刻的启迪和警示意义。但是，从今天的角度看，尽管在林江案的审判中充分考虑了当时的具体的法律情况，而其彰显法治的意识尤为明确，但是也还有一些法理问题是值得商榷的。

首先，有学者指出，对林江集团的审判并非严格意义上的法律行为，而主要是政治行为。因为在林、江集团横行的时代，中国是没有实施严格意义上的法律制度，从这个意义上说，当时也不存在法律（或实定法）意义上的“犯罪”。若以“法无明文规定不为罪，法无明文规定不受罚”的基本原则衡量，用行为后颁布实施的 1979 年刑法作为定罪量刑的法律依据，其适切性并不是没有疑问的。这是对林、江案的一个不同看法。

其次，关于反革命罪的合理性问题。在新民主主义革命和解放初期的社会主义改造时期，由于革命的打击对象主要是反革命的敌对分子，所以在刑事政策上使用反革命一词来代表这些敌对分子，这在当时的历史条件下是合理的、科学的。但是，当革命的政权已经稳固，国家已趋于安定的时候，特别是大规模的、急风暴雨般的阶级斗争已经不存在，剥削阶级作为一个阶级已经被消灭，这时仍然提反革命罪就不是很合适了。党的十一届三中全会宣布，我国的阶级关系已经发生质的变化，地主阶级和富农阶级已经消灭，资产阶级也已不再存在，全党工作的重心应该由以阶级斗争为纲转移到以经济建设为中心的轨道上来，在此情况下，反革命罪作为一项罪名其合理性和科学性就失去了其原有的条件。因此，七九刑法的反革命罪的内涵与其罪名并不是很确切。而以此来界定林江集团案的罪行也是值得商榷的。形势的发展，要求用更为合理的罪名取代“反革命罪”。在改革开放以来的司法实践中，已经有不少专家学者和司法部门工作人员呼吁更改“反革命罪”罪名，并且现实提出的国际司法协助和引渡罪犯问题、一国两制问题等也在呼唤将“反革命罪”易名。最高立法机关顺应了这种时代的需要，1997 年 3 月 14 日，第八届全国人民代表大会第五次会议在新修订的刑法中用“危害国家安全罪”取代了原来的“反革命罪”。王汉斌同志在该次会议上所作的关于新刑法修订草案的说明中对此解释道，“这次对刑法反革命罪

的修改，是考虑到我们国家已经从革命时期进入集中力量进行社会主义现代化建设的历史新时期，……规定适用危害国家安全罪比适用反革命罪更为合适”，“对反革命罪原来的规定中实际属于普通刑事犯罪性质的，都规定按普通刑事犯罪追究。”按照修改后的刑法，危害国家安全罪的调整范围仅限于国家安全关系和国家安全利益，因此，比较而言，其调整范围远远小于原来的反革命罪。另外，新罪名在构成要件上也作了结构性的调整：第一，删除了原来的“反革命目的”主观要件；第二，补充某些犯罪的构成要件。第三，通过将“静态犯罪行为”修正为“动态犯罪行为”，将“任意共同犯罪”修正为“必要共同犯罪”方法，突出一些犯罪的过程性和共犯性。第四，通过将“预备性犯罪行为”修正为“实行性犯罪行为”方法，使其涵盖面加大，以便使一些罪名能够囊括各个阶段的犯罪行为。第五，对有些罪名进行分解和重组，以使刑法分则罪名分类以及各罪名之犯罪构成更趋合理。第六，增加了单位犯罪的规定。这样，我国刑法对相关犯罪的规定就更符合实际，更趋于合理了，这也是新刑法贯彻罪刑法定原则立法思想的具体体现。

因此林江案的审判，作为一个起点，从严格意义的法治来看仍然有一些不很完备之处。这既有法治尚待健全的原因，也有一些是来自法治原则实施所带来的负面因素，特别是法治本身也是有一定的局限的。法治的发展，是为了纠正人治的失败。但是，法治本身并不是没有代价的。依我们看，法治的代价至少有以下几点：第一，法律的普适平等追求常常以个体的不公平待遇为代价——程序正义与实质正义时常冲突。第二，法治需要“可预期性”，可是，“可预期性”往往意味着：法律为了其自身的连续性和稳定性而牺牲了其对历史现实提出的新型“问题”的适时回应能力。第三，法治必然要求建立专业的法律职业阶层，而掌握着专业“霸权”话语的法律职业阶层，其共同体利益与社会公共利

益并非总是一致[①] 等等。因此，有人主张需要人治——“贤人之治”（“贤法官之治”）来矫正法治的弊端。现代人治论者多是英国普通法（“衡平法”）的拥护者。衡平制度的基本理论是人对人的考量：由于不受僵死规则的禁锢（既不受已经存在规则的约束，也无须保持裁决的连续性），每一个具体个人的正当权益能够得到有效的救济。“贤人之治”确实充分地考虑了每一个当事人的实际情况，但是，如何保证法律执行者是“贤人”，以及用什么标准衡量“贤人”，这又是很难回答和解决的问题。至于另外一种“人治”，诸如中国文化大革命中的“恶”的“人治”，则不足为论。我们今天讲的“德治”，不应当混同于这种“人治”，这一点应当是肯定的。

反思林江集团案的审判，其间也或有违反法治原则之处，可林江集团又实在是罪大恶极、应当受到惩罚（纽伦堡审判和东京审判中情况与此类似），我们必须予以惩处之。有学者认为，这是在法律之外找到其他规则来适用，在某一特定的时代及语境下，同一社会共同体中的人们达成理念上的一致，认为某人（或集团）的行为应当受到法律制裁，虽违反实定法，但不认为是对法治的破坏，并不会对今后的制度秩序形成破坏。其实，这是从实体正义出发而对于形式上的既定法律的违反，是正义必然提出的要求。如若不然，我们看到的将是利用既定法律的漏洞和不足，大行其祸国殃民之道的个人或集团的恣意妄为，而将国家民族推至混乱和苦难之中。

---

① 《法学》杂志曾刊登过一篇颇耐人寻味的文章，文章写道，美国谍报部门发现，中国目前有一批人总在流动，进出有飞机、汽车，吃住开销不用自己操心，临走时口袋里还塞满了钱。原来，这是因为《合同法》颁布了，这些民法学家正忙于四处讲学。权利（“权力”）和利益的相互关联性，从中可见一斑。

六、案例资料选编：最高人民检察院特别检察厅起诉书、律师的辩护辞等①

林、江集团案十六名主犯

林彪：原中共第八、九届中央委员会副主席，国防部部长。先期死亡，不再追究刑事责任。

康生：原“中央文化革命小组”顾问，中共第十届中央委员会副主席。先期死亡，不再追究刑事责任。

谢富治：原中共第九届中央政治局委员，公安部部长，先期死亡，不再追究刑事责任。

叶群：原中共第九届中央政治局委员，林彪之妻。先期死亡，不再追究刑事责任。

林立果：原中国人民解放军空军司令部办公室副主任兼作战部副部长。先期死亡，不再追究刑事责任。

周宇驰：原中国人民解放军空军司令部办公室副主任，先期死亡，不再追究刑事责任。

江青：原“中央文化革命小组”副组长，中共第九、十届中央政治局委员。

张春桥：原“中央文化革命小组”副组长，中共第九届中央政治局委员，第十届中央政治局常务委员，上海市革命委员会主任。

姚文元：原“中央文化革命小组”成员，中共第九、十届中

① 以下资料均引自《历史的审判》，群众出版社1981年3月版。

央政治局委员，上海市革命委员会副主任。

王洪文：原中共第十届中央委员会副主席，上海市革命委员会副主任。

陈伯达：原“中央文化革命小组”组长，中共第八、九届中央政治局常务委员。

黄永胜：原中国人民解放军总参谋长。

吴法宪：原中国人民解放军副总参谋长兼空军司令员。

李作鹏：原中国人民解放军副总参谋长兼海军第一政治委员。

邱会作：原中国人民解放军副总参谋长兼总后勤部部长。

江腾蛟：原中国人民解放军南京部队空军政治委员。

律师情况

韩学章、张中：北京市第二法律顾问处律师，担任姚文元的辩护人。

甘雨霈、傅志仁：北京市第二法律顾问处律师，担任陈伯达的辩护人。

马克昌、周亨元：北京市第二法律顾问处律师，担任吴法宪的辩护人。

张思之、苏惠渔：北京市第二法律顾问处律师，担任李作鹏的辩护人。

王舜华、周奎正：北京市第二法律顾问处律师，担任江腾蛟的辩护人。

中华人民共和国最高人民检察院特别检察厅起诉书

（特检字第一号）

林彪、江青反革命集团推翻无产阶级专政的政权案，经中华人民共和国公安部侦查终结，移送中华人民共和国最高人民检察院审查起诉。

最高人民检察院特别检察厅审查确认，以林彪、江青为首的反革命集团的主犯林彪、江青、康生、张春桥、姚文元、王洪文、陈伯达、谢富治、叶群、黄永胜、吴法宪、李作鹏、邱会作、林立果、周宇驰、江腾蛟等，在“文化大革命”中，互相勾结，狼狈为奸，凭借其地位和权力，施展阴谋诡计，利用合法的和非法的、公开的和秘密的、文的和武的各种手段，有预谋地诬陷、迫害党和国家领导人，篡党篡国，推翻无产阶级专政的政权。1971 年 9 月，林彪、叶群、林立果、周宇驰、江腾蛟等阴谋杀害毛泽东主席、策动反革命武装政变失败，林彪等叛国外逃，以林彪为首的反革命集团被揭露和粉碎。以江青为首的江青、张春桥、姚文元、王洪文“四人帮”反革命集团继续进行反革命阴谋活动，直到 1976 年 10 月被揭露和粉碎。林彪、江青反革命集团给我们国家和民族造成的灾难是难以估量的。

林彪、江青反革命集团的犯罪事实如下：

（一）诬陷、迫害党和国家领导人，策划推翻无产阶级专政的政权

林彪、江青反革命集团，为了推翻无产阶级专政的政权，有预谋地诬陷、迫害党和国家领导人和各方面的领导干部。

1. 策动迫害党和国家各级领导干部，篡夺领导权。1967 年 1 月 23 日，林彪策划夺权，说：“无论上层、中层、下层都要夺。有的早夺，有的迟夺”，“或者上面夺，或者下面夺，或者上

下结合夺"。并煽动迫害领导干部，说："有的关起来，有的戴高帽子，有的抄家"，"有些方式，如搞'喷气式'"，"对有些人就得用这个办法，如对彭、罗、陆、杨就很需要。"

1967年1月22日，张春桥在上海说："无产阶级文化大革命自始至终就是夺权，从基层到中央，党权、政权、财权、文权以及其他权"，"我们对所有的权都要夺"。4月，张春桥在上海说：老干部"他们没有一个好东西"，"一个也不留！"1967年到1975年，张春桥在上海和北京多次说，"文化大革命"就是"改朝换代"。林彪、江青反革命集团策划夺权，提出"改朝换代"，暴露了他们的反革命目的就是推翻无产阶级专政的政权。

2. 诬陷、迫害中华人民共和国主席、中共中央副主席刘少奇。1966年8月刘少奇仍担任中华人民共和国主席并重新当选为中共中央政治局常务委员的时候，林彪就指使叶群于8月11日、12日两次找中国人民解放军总参谋部作战部副部长雷英夫，把林彪、叶群捏造的诬陷刘少奇的材料口授给雷英夫，指使雷英夫写诬陷材料。8月13日，林彪看了雷英夫写的诬陷材料。8月14日，林彪在他的住处告诉雷英夫，用给林彪和毛泽东主席写信的形式，附上诬陷材料，由他批转毛泽东主席，并说"这样更政治化些"。当天，林彪就把雷英夫写的信和诬陷刘少奇的材料批送给江青"酌转"毛泽东主席。

1966年12月18日下午，张春桥在北京中南海西门传达室单独接见清华大学学生蒯大富。张春桥说："中央那一两个提出资产阶级反动路线的人至今仍不投降"，"你们革命小将应该联合起来，发扬彻底革命精神，痛打落水狗，把他们搞臭，不要半途而废。"在张春桥的指使下，蒯大富于12月25日在北京组织游行示威，张贴标语、大字报，散发传单，呼喊口号，公开煽动"打倒刘少奇！""打倒邓小平！"

1967年7月，江青、康生、陈伯达擅自决定批斗刘少奇，

并由“中央文革小组”成员戚本禹于1967年7月18日组织召开“批斗刘少奇大会”，进行抄家，对刘少奇、王光美进行人身迫害。1967年7、8月间，康生、谢富治、戚本禹等煽动组织“揪刘火线”，围困中南海，冲击国务院。

江青直接控制并伙同康生、谢富治指挥“刘少奇、王光美专案组”，刑讯逼供，制造伪证，诬陷刘少奇、王光美是“叛徒”、“特务”、“反革命”。江青于1967年5月至10月，擅自决定逮捕关押河北省副省长杨一辰、中国人民大学教授杨承祚、天津市居民（原奉天纱厂协理）王广恩、刘少奇的炊事员郝苗等11人。在杨承祚病危期间，江青对专案人员说：“要突击审讯，把我们所要的东西在杨死前搞出来。”杨承祚被折磨致死，王广恩也被迫害致死。1967年10月23日，谢富治对专案人员说：“审讯要有狠心，下得手”，“要集体审讯，一审几个钟头，非攻破不可。”江青、谢富治为了诬陷王光美是“特务”，还指使对病势垂危的河北北京师范学院教授张重一进行刑讯。张重一被折磨致死。为了诬陷刘少奇是“叛徒”，他们对1927年在武汉同刘少奇一起搞工人运动的丁觉群和1929年同刘少奇在沈阳同时被捕的孟用潜，进行逼供。

1967年9月25日，丁觉群在狱中就申明，他被逼写的材料“是打破事实的框框写的”。孟用潜从1967年6月15日至1969年3月18日，在狱中先后20次书面声明，他在逼供下写的关于刘少奇的材料，“是虚构编造的”，应该撤销。但丁觉群、孟用潜的更正、申辩材料，均被扣压，不许上报。刘少奇被迫害致死。

3．江青、康生密谋诬陷、迫害中共第八届中央委员会成员。1968年7月21日，康生亲笔写了一封绝密信，信封上注明：“要件即呈江青同志亲启”。信中说：“送上你要的名单。”在康生亲笔写的这个名单中，中共第八届中央委员、候补中央委员193名，有88名被分别诬陷为“特务”、“叛徒”、“里通外国分子”、

"反党分子"。名单中，列入"靠边站的尚未列入专案的"7名和"有错误的或历史上要考查的"29名，绝大多数也先后受到康生等的诬陷、迫害。

党和国家领导人及各中共中央局第一书记被诬陷的有：

中共中央政治局委员和候补委员：刘少奇、朱德、陈云、邓小平、彭真、陈毅、彭德怀、贺龙、李先念、谭震林、李井泉、陶铸、徐向前、聂荣臻、叶剑英、乌兰夫、张闻天、陆定一、薄一波、宋任穷。

中共中央总书记邓小平、书记处书记、候补书记：彭真、王稼祥、谭震林、李先念、陆定一、罗瑞卿、陶铸、叶剑英、刘宁一、刘澜涛、杨尚昆、胡乔木。

国务院副总理：陈云、邓小平、贺龙、陈毅、乌兰夫、李先念、谭震林、聂荣臻、薄一波、陆定一、罗瑞卿、陶铸。

中共中央军委副主席：贺龙、聂荣臻、陈毅、徐向前、叶剑英。

中共中央局第一书记：宋任穷、刘澜涛、李井泉、王任重。

被诬陷的中共中央委员、候补中央委员还有：

萧劲光、粟裕、萧克、陈少敏、王震、曾山、欧阳钦、王树声、王恩茂、邓华、邓子恢、谭政、刘晓、李维汉、杨秀峰、张际春、程子华、伍修权、钱瑛、王从吾、马明方、李葆华、许光达、林铁、郑位三、徐海东、肖华、胡耀邦、习仲勋、安子文、吕正操、张经武、廖承志、叶飞、杨献珍、张鼎丞、舒同、潘自力、杨勇、黄火青、陈漫远、苏振华、冯白驹、范文澜、李坚真、高克林、钟期光、江华、李志民、杨成武、章汉夫、帅孟奇、刘仁、万毅、周扬、徐子荣、刘澜波、奎璧、区梦觉、朱德海、张启龙、马文瑞、王世泰、廖汉生、洪学智、章蕴、徐冰、廖鲁言、宋时轮、周桓、陈丕显、赵健民、钱俊瑞、蒋南翔、韩光、李昌、王鹤寿、陈正人、赵毅敏、孔原、张苏、杨一辰、赵

伯平、张爱萍、姚依林、汪锋、方毅、王尚荣、刘震、张劲夫、李颉伯、廖志高、江渭清、谭启龙、张仲良、张平化。

4. 陈伯达、谢富治和吴法宪利用1967年11月在天津破获的“中共中央非常委员会”传单案，以追“后台”为名，阴谋诬陷、迫害党和国家领导人。1968年4月28日和8月19日，他们接见公安部领导小组成员赵登程等时，陈伯达说：破案“是起点”，“不是终点，老板在后台，后台不是一般人，一般人干不出来。不是仅仅一个人搞的，可能有一个组织”。谢富治说：“是起点，不是终点”，“根子就是刘、邓黑司令部的人”。吴法宪说：“还不是第二个大走资派”。1968年12月，谢富治、赵登程等在追“后台”中，制造了“中国（马列）共产党”假案，诬陷朱德是“中国（马列）共产党”中央的“书记”，陈毅是“副书记兼国防部长”，李富春是“总理”，参加的有董必武、叶剑英、李先念、贺龙、刘伯承、徐向前、聂荣臻、谭震林、余秋里、王震、廖承志等，诬陷他们“里通外国”，“准备武装叛乱”，要搞“政变”。直到1969年8月21日，谢富治还对办案人员说：“有的目前找不到证据，下决心斗争，案犯口供也算数”。

5. 康生和他的妻子曹轶欧指使中共中央组织部负责人郭玉峰，于1968年8月23日编造《关于中央监委委员政治情况的报告》。在这个报告中，中共第八届中央监察委员会60名委员、候补委员，有37人被分别诬陷为“叛徒”、“特务”、“反革命修正主义分子”。其中有：刘澜涛、王从吾、钱瑛、刘锡五、帅孟奇、李运昌、王维纲、杨之华、李士英、李楚离、马明方、龚子荣、陈少敏、方仲如、刘亚雄、张子意、王鹤峰、刘慎之、李培之、周仲英、陈鹏、陈曾固、郑平、薛子正、高克林、吉雅泰、王世英、丘金、吴溉之、马国瑞、张鼎丞、吴德峰、张稼夫、廖苏华、龚逢春、李景膺、肖华。

6. 康生、曹轶欧指使郭玉峰，于1968年8月27日编造

《关于三届人大常委委员政治情况的报告》，并经康生亲笔修改、审定。在这个报告中，115名全国人大常委会委员，有60人被分别诬陷为“叛徒”、“叛徒嫌疑”、“特务”、“特务嫌疑”、“反革命修正主义分子、走资派、三反分子”、“有严重问题”。其中有：委员长朱德，副委员长彭真、李井泉、林枫、刘宁一、张治中，委员陈少敏、杨之华、帅孟奇、赵毅敏、钱瑛、刘亚雄、李达、徐立清、王世泰、胡子昂、刘澜波、徐冰、徐子荣、张经武、杨尚昆、李延禄、韩光、梅龚彬、王昆仑、南汉宸、龚饮冰、曹孟君、史良、唐生智、孔原、胡耀邦、谢扶民、罗琼、吴冷西、张苏、武新宇、马纯古、俞霭峰、刘长胜、古大存、周礼、赵寿山、胡愈之、胡乔木、梁思成、童第周、叶渚沛、陈其尤、王维舟、叶剑英、林锵云、郭健、杨蕴玉、华罗庚、赵忠尧、陈劭先、赵九章、茅以升、胡厥文。

7. 康生、曹轶欧指使郭玉峰，于1968年8月27日编造《关于四届全国政协常委委员政治情况的报告》，并经康生亲笔修改、审定。在这个报告中，159名全国政协常委会委员，有74人被分别诬陷为“叛徒”、“叛徒嫌疑”、“特务”、“特嫌”、“国特”、“反革命修正主义分子”、“里通外国”。其中有：副主席彭真、刘澜涛、宋任穷、徐冰、高崇民，委员王从吾、刘锡五、平杰三、杨东莼、李楚离、王维纲、张子意、李运昌、龚子荣、李初梨、曹瑛、刘清扬、孔祥祯、马辉之、张友渔、章蕴、王照华、周扬、吴溉之、何长工、林修德、唐天际、朱蕴山、苏子蘅、巩天民、邹大鹏、安子文、楚图南、汪金祥、李立三、曾宪植、萨空了、张秀岩、吉雅泰、于毅夫、哈丰阿、王世英、刘晓、阎宝航、杨奇清、孙起孟、赵朴初、车向忱、班禅额尔德尼·却吉坚赞、王稼祥、伍修权、张治中、孙晓村、史良、朱学范、刘斐、张孝骞、寸树声、俞大绂、郑位三、陈国栋、高文华、王子纲、张邦英、胡克实、李昌、贺诚、钟惠澜、吴鸿宾、傅连

暲、金如柏、陈其尤、熊庆来、张劲夫。

8. 诬陷、迫害中共中央副主席、国务院总理周恩来。1974年10月，江青诬陷周恩来等搞阴谋，说："他们国务院那些人，经常借谈工作搞串连"，"总理是后台"。1974年10月17日，江青、张春桥、姚文元、王洪文"四人帮"在北京钓鱼台17楼密谋策划，18日由王洪文到长沙向毛泽东主席诬告说："总理现在虽然有病，住在医院，还忙着找人谈话到深夜，几乎每天都有人去，经常去总理那的有小平、剑英、先念"，"北京现在大有庐山会议的味道"，诬陷周恩来、邓小平等像林彪在1970年庐山会议一样搞篡权活动。1974年，江青、张春桥、姚文元指使清华大学党委书记迟群、中共北京市委书记谢静宜、《人民日报》总编辑鲁瑛和上海写作组负责人朱永嘉等利用舆论工具，煽动在全国范围内批"现代大儒"、批"宰相"、批"周公"，影射诬陷周恩来。

9. 诬陷、迫害中共中央副主席、全国人大常委会委员长朱德。1966年9月到1968年12月，林彪、张春桥、吴法宪和邱会作等诽谤、诬陷朱德是"黑司令"、"老机会主义者"、"军阀"，"野心很大，想当领袖"。

1967年1月底，在戚本禹的策动下，中国人民大学的一些人在北京街头贴出了"打倒朱德"的大标语。接着，成立了"揪朱联络站"，并策划召开批斗会。3月4日，戚本禹接见中国人民大学的一些人，授意继续对朱德进行迫害。戚本禹说："你们自己搞，就搞成了；你们说是我叫你们搞的，就搞不成了，你们以为你们很聪明，其实最傻了，要不要搞，你们自己考虑。"

10. 诬陷、迫害中共中央政治局常务委员、总书记、国务院副总理邓小平。1966年12月6日，林彪诬陷邓小平是"黑帮分子"、"反党分子"。1967年1月29日，康生诽谤邓小平是"赫鲁晓夫那样的人物"。

1974年10月4日，毛泽东主席提议邓小平担任国务院第一副总理。10月17日，江青、张春桥、姚文元、王洪文在北京钓鱼台17楼密谋策划，18日由王洪文到长沙向毛泽东主席诬告周恩来、邓小平等搞篡权活动，阻挠邓小平出任第一副总理。

1976年2月到5月，江青、张春桥、姚文元和江青反革命集团重要成员毛远新进一步诬陷邓小平。2月3日，张春桥针对1975年中共中央一号文件任命邓小平为中共中央军委副主席兼中国人民解放军总参谋长，1976年中共中央一号文件任命华国锋为国务院代总理，写道："又是一个一号文件。去年发了一个一号文件。真是得志更猖狂。来得快、来得凶，垮得也快。"并引用古诗："爆竹声中一岁除，东风送暖入屠苏。千门万户曈曈日，总把新桃换旧符。"这再次暴露张春桥妄图"改朝换代"的反革命野心。2月22日，毛远新对上海市革命委员会副主任马天水、徐景贤等说，邓小平"崇洋媚外，出卖主权"，"代表买办资产阶级的利益"，搞"全面回潮"，"国家性质都要改变了"。3月2日，江青在部分省、自治区负责人座谈会上，诬陷邓小平是"反革命两面派"、"谣言公司总经理"、"法西斯"、"大汉奸"、"买办资产阶级的代表"。4月20日，江青诬陷邓小平有像林彪一样的"大小舰队"，说"他们的大小舰队活动有些雷同，有些不同。小舰队有过之而无不及"。4月5日，张春桥诬陷邓小平是"纳吉"。5月16日，姚文元在《人民日报》送审的《党内确有资产阶级——天安门广场反革命政治事件剖析》文稿中，亲笔写了邓小平"就是这次反革命政治事件的总后台"。

11. 诬陷、迫害中共中央政治局委员、国务院副总理、中共中央军委副主席陈毅。1967年8月7日，"中央文革小组"成员王力说："揪陈毅大方向当然对"，"打倒刘、邓、陈的口号为什么不能喊"？煽动篡夺外交领导权。1968年11月，张春桥指使王洪文、徐景贤等，借为中共第九次全国代表大会准备材料之

名，编造所谓《陈毅反动言论小集》，在上海的"九大"代表学习班中散发，诬陷陈毅"投降帝修反"，"为复辟资本主义大造舆论"。同时，搜集、编造了诬陷叶剑英、李先念、陈云、陈毅、聂荣臻、李富春、谭震林等的材料共76份，1163页。

12. 诬陷、迫害中共中央政治局委员彭德怀。1967年7月，康生、陈伯达和戚本禹接见北京航空学院学生韩爱晶等，戚本禹布置对彭德怀进行批斗迫害。1970年10月3日，黄永胜审批"同意"专案组的报告，这个报告提出要"撤销彭德怀党内外一切职务，永远开除党籍，判处无期徒刑，终身剥夺公民权利"。彭德怀被迫害致死。

13. 诬陷、迫害中共中央政治局委员、国务院副总理、中共中央军委副主席贺龙。1966年夏，康生在北京师范大学群众大会上和"中央文革小组"会议上，诬陷贺龙和彭真"私自调动军队搞二月兵变"。1966年8月，林彪指使吴法宪编造诬陷贺龙在空军阴谋夺权的材料。9月3日，吴法宪把他写的诬陷材料送给林彪。8月下旬到9月初，叶群将她捏造的诬陷贺龙的材料，当面口授给中共中央军委办公厅警卫处处长宋治国，指使宋治国写诬陷贺龙的材料，并对宋治国说："以你主动向我反映情况的口气写，不要以我指示叫你了解的口气写"。9月7日至24日，宋治国把他写的四份诬陷贺龙的材料送给林彪。1968年5月16日，康生说："由贺龙的历史投敌叛变，联想贺龙现行反革命活动绝不会没有，可以由历史这个此，到现实这个彼"，进一步诬陷贺龙。贺龙被迫害致死。

14. 诬陷、迫害中共中央政治局委员、中共中央军委副主席徐向前。1967年4月，在叶群的授意下，蒯大富派人收集编造诬陷徐向前、叶剑英的材料，发表诬陷文章：《炮轰徐向前，打倒拿枪杆子的刘、邓——徐向前》。同年6月，邱会作指使总后勤部"文化革命办公室"主任王希克等，编造诬陷徐向前的材

料，并编印传单，诬陷徐向前是埋藏在党内、军内的“一颗大定时炸弹，是个标准的个人野心家和阴谋家”，提出“打倒徐向前”。

15. 诬陷、迫害中共中央政治局委员、国务院副总理、中共中央军委副主席聂荣臻。1968年4月，林彪指令北京部队召开党委扩大会，策动批判所谓“华北山头主义”，并派黄永胜、吴法宪和谢富治参加。江青、陈伯达诬陷聂荣臻是“华北山头主义”的后台，阴谋打倒聂荣臻。同年11月，黄永胜诽谤说：“聂荣臻这一辈子也没有干什么好事”，“这些人心是不会死的，一有适当气候就会出来搞名堂的”。1971年1月5日，江青又诬陷聂荣臻等在华北是“坏人当了道”。

16. 诬陷、迫害中共中央政治局委员、中共中央书记处书记、中共中央军委副主席叶剑英。1967年6月23日，黄永胜批准广州市公安局军管会负责人报送的《关于揪叛徒调查工作的请示》和这个请示报告所附的调查叶剑英的“第一号调查方案”，阴谋陷害叶剑英。1968年6月，黄永胜利用他在广州制造的陷害广州部队副司令员文年生等的冤案，追查“黑线”，将逼供取得的假材料交给叶群，诬陷叶剑英等开“黑会”，“密谋发动反革命政变，篡夺党和国家领导权”。

1968年4月3日，李作鹏伙同海军第二政治委员王宏坤、海军政治部主任张秀川写材料，诬陷“贺、叶配合刘、邓、陶企图篡军反党”。

17. 诬陷、迫害中共中央政治局候补委员、中共中央书记处书记、国务院副总理、中共中央宣传部部长陆定一。1966年5月，林彪捏造罪名，诬陷陆定一是“反革命分子”。江青、康生、陈伯达、谢富治和吴法宪等，诬陷陆定一是“叛徒”、“内奸”、“军统特务”。陈伯达提出要把陆定一“交红卫兵审判”。在林彪、江青反革命集团的指使、煽动下，中共中央宣传部9名副部长分

别被诬陷为"叛徒"、"特务"、"国民党分子"。

18. 诬陷、迫害中共中央书记处书记、国务院副总理、中国人民解放军总参谋长罗瑞卿。林彪、叶群、康生、谢富治、黄永胜、吴法宪、李作鹏等诬陷罗瑞卿"里通外国"，是"内奸"、"罪大恶极的反革命分子"，对海军"怀有巨大阴谋"。

19. 林彪、江青反革命集团及其帮派体系骨干诬陷、迫害的，除本起诉书（三）（四）（五）（六）（七）条所列的以外，还有中共中央和国务院各部、各委员会、中共各省、自治区、直辖市委员会和人民政府的主要负责人、中国人民解放军高级干部：康克清、贾拓夫、周荣鑫、谷牧、吕东、高扬、段君毅、刘杰、孙志远、王诤、张霖之、刘裕民、孙大光、袁宝华、何伟、钱信忠、肖望东、万晓塘、张淮三、赵林、赵紫阳、吴芝圃、阎红彦、魏文伯、曾希圣、惠浴宇、王延春、方志纯、文敏生、卫恒、霍士廉、杨植霖、王昭、杨静仁、傅秋涛、刘少文、梁必业、刘志坚、李聚奎、饶正锡、李耀、彭嘉庆、汤平、赵尔陆、肖向荣、王平、蔡顺礼、刘道生、杜义德、陶勇、方正平、成钧、徐深吉、张廷发、聂凤智、吴富善、吴克华、欧阳毅、刘何、贺晋年、程世才、顿星云、谭友林、崔田民、傅崇碧、庄田、晏福生、陈再道、钟汉华、杨秀山、唐金龙、刘培善、刘转连、张仲翰、黄新廷、郭林祥、甘渭汉、袁升平、杨嘉瑞、秦基伟、胡荣贵、孔飞、廷懋、王其梅等。

20. 诬陷、迫害中共中央组织部的领导干部，篡夺、控制中共中央的组织大权。1968年1月，康生指使郭玉峰，列图表，写报告，诬陷1937年以后历任中共中央组织部部长的张闻天、陈云、彭真、邓小平、安子文是"叛徒"、"特务"、"三反分子"或是"双料货"；诬陷先后担任过中共中央组织部副部长的22人是"叛徒"、"特务"、"里通外国分子"和"三反分子"。还诬陷中共中央组织部有个"反革命集团"，是"黑窝子"，在全国"建

立反革命据点”，“招降纳叛，结党营私”，提出把中共中央组织部“彻底解散，宣布撤销”。

21. 诬陷、迫害各级公安保卫部门、检察机关、法院的领导干部，篡夺、控制专政工具。在林彪、江青反革命集团的指挥、策动下，全国公、检、法机关遭到彻底破坏。谢富治在全国煽动“砸烂公检法”。最高人民检察院检察长张鼎丞、最高人民法院院长杨秀峰等和全国大批公安保卫、检察、法院的干部、民警遭到诬陷、迫害。康生、谢富治等在公安部还制造了“罗瑞卿为首的地下黑公安部”等冤案。公安部除谢富治和另一名兼职副部长外，其他副部长都被逮捕、关押。副部长徐子荣被迫害致死。

22. 1967年1月，林彪亲笔批示“完全同意”“中央文革小组”成员关锋、王力等提出的“彻底揭穿军内一小撮走资本主义道路的当权派”的口号，阴谋搞乱军队。

林彪为了控制军队，在中国人民解放军总参谋部制造冤案，诬陷、迫害大批干部、群众。1968年4月，黄永胜在总参谋部说：“总参出了不少坏人，有黄克诚、罗瑞卿、张爱萍、王尚荣”等，“他们是不能翻案的，不能翻天的”。

1967年7月25日，林彪提出“彻底砸烂总政阎王殿”。林彪、叶群多次诽谤人民解放军总政治部原主任罗荣桓、谭政，制造“罗（瑞卿）、梁（必业）反党集团”等冤案。黄永胜诬陷总政治部“是几代招降纳叛的地方”。邱会作诬陷总政治部“和国民党的特务机关差不多”，并积极参与“砸烂总政”的阴谋活动。总政治部大批干部、群众遭到诬陷、迫害，四名正副主任、20名正副部长被诬陷为“篡军反党分子”、“叛徒”、“特务”、“现行反革命分子”，受到关押审查，袁子钦、王冰等17人被迫害致死。

1974年3月5日，江青、张春桥接见总政治部文化部原副部长陈亚丁等。江青说：“今天把你陈亚丁也请来了，就是要整

一整军队"，"看来要夺权，陈亚丁你去把权夺过来嘛！我看军队的文化工作还是让陈亚丁管起来"。并对陈亚丁等说："你们要放火烧荒。"策动乱军夺权。

23. 林彪、江青反革命集团通过陈伯达、姚文元，控制宣传舆论工具，煽动推翻无产阶级专政的政权。1966年6月，陈伯达组织编写和审定的《横扫一切牛鬼蛇神》等社论，为林彪、江青反革命集团搞乱全国，乱中夺权，制造反革命舆论。1974年至1976年，江青、张春桥和姚文元指挥清华大学、北京大学的"梁效"、上海的"罗思鼎"、《红旗》杂志的"池恒"和中共中央高级党校的"唐晓文"等写作班子，进行反革命宣传煽动。1976年春，姚文元亲自修改审定，在《红旗》杂志、《人民日报》等报刊上发表《从资产阶级民主派到走资派》等文章。姚文元、张春桥还审定马天水、徐景贤的讲话稿。这些文章和讲话稿，把各级党政军领导机关的老干部诬陷为"资产阶级民主派"、"走资派"、"老走资派"，煽动加以迫害。

1976年3月底，南京群众张贴大标语反对张春桥，姚文元诬陷南京贴标语的群众是"反革命"，并对鲁瑛说："这股反革命逆流，看来有个司令部"，"要注意北京的情况"。姚文元指使鲁瑛派人到天安门广场，搜集、编写材料，这些材料经姚文元篡改，把群众反"四人帮"、悼念周恩来、拥护邓小平的革命言行诬陷为"发表反革命演说和反革命口号"，"是没落垂死势力的挣扎和疯狂反扑的一种表现"，诬陷群众是"一小撮坏人"、"反革命分子"。姚文元还主张要"枪毙一批"。

1976年1月至9月，姚文元、王洪文指使鲁瑛派人到中央一些部门和福建、江西、浙江、江苏、四川、云南、黑龙江等省，搜集诬陷党政军领导干部的材料，诬陷他们是"不肯改悔的走资派"、"还在走的走资派"，"组织还乡团"，"翻案复辟"。

（二）迫害、镇压广大干部和群众

林彪、江青反革命集团，为了夺取党和国家的领导权，实行反革命统治，煽动打砸抢，挑动武斗，制造冤案，迫害、镇压广大干部和群众。

24. 在林彪、江青、康生和谢富治等的指使、策动下，中共北京市委书记刘仁、郑天翔、万里、邓拓等7人和北京市副市长吴晗、乐松生等6人全部被分别诬陷为“特务”、“叛徒”、“反革命修正主义分子”、“反动资本家”、“反动学术权威”。1968年1月，康生诬陷刘仁和副市长冯基平、崔月犁等“出卖党政军核心机密，叛党叛国”，并批示“对他们不能用一般对犯人的方法对待”、“应将他们铐起来，进行严厉地突击地审讯工作”。5月，康生、谢富治制造“以冯基平、邢相生为首的旧北京市公安局反革命集团”冤案，诬陷冯基平等“与美蒋特务勾结，进行特务间谍活动”。刘仁、邓拓、吴晗、乐松生被迫害致死。

25.1968年1月，张春桥、姚文元诬陷中共上海市委是“资产阶级顽固堡垒”、“黑班子”，诬陷上海市委第一书记陈丕显“是一个极其狡猾、极其阴险的反革命两面派”、“是无产阶级最危险的敌人”，诬陷上海市委书记、市长曹荻秋是“叛徒”。在他们的指使、策动下，上海市委书记、市长、副市长和市委常委等十七人被分别诬陷为“叛徒”、“特务”、“走资派”、“反革命”。曹荻秋和副市长金仲华被迫害致死。

26.1967年12月，陈伯达在唐山说：中共冀东党组织“可能是国共合作的党，实际上可能是国民党在这里起作用，叛徒在这里起作用”。在陈伯达的煽动下，制造了冀东冤案。使冀东地区的党员干部、群众84000余人遭受诬陷、迫害，张文浩等2955人被迫害致死。

27.1968年1月21日，康生在京西宾馆当面诬陷中共云南省委书记赵健民，说：“你是个叛徒！”“我凭40年革命的经验，有这个敏感”，“你有刻骨的阶级仇恨”，捏造赵健民执行国民党

云南特务组的计划，“想乘文化大革命把边疆搞乱”。康生、谢富治不准赵健民申辩，由谢富治当场宣布逮捕赵健民。在康生、谢富治的煽动下，制造了“赵健民特务案”，这个冤案使云南大批干部、群众遭到诬陷、迫害，14000余人被迫害致死。

28. 康生等利用挖所谓“内人党”，在内蒙古诬陷、迫害广大干部、群众，破坏民族团结。1968年2月4日，康生说：“内人党至今还有地下活动，开始可能揪得宽点，不要怕。”1969年2月4日，康生又说：“军队也有内人党，这个问题很严重。”谢富治说：“内人党明里是共产党，暗里是内人党，要把它搞掉。”在康生、谢富治的唆使下，内蒙古自治区因“内人党”等冤案，有346000多名干部、群众遭到诬陷、迫害，16222人被迫害致死。

29. 1967年，康生等制造“新疆叛徒集团”冤案，诬陷1942年9月被新疆军阀盛世才逮捕关押的中国共产党的干部131人“投敌叛变”，“潜伏我们党内”，是“叛徒集团”。马明方、张子意、杨之华、方志纯等92名干部受到迫害，马明方等26人被迫害致死。

30. 1967年至1969年，林彪、江青反革命集团及其帮派体系骨干，把1946年2月吕正操、万毅、张学思、贾陶、刘澜波、栗又文、于毅夫等42人根据1945年中共中央批准的中共中央东北局决定，经延安新华社联名通电蒋介石要求释放张学良一事，诬陷为“经过长期预谋，妄图叛党投敌的一起重大反革命案件”，并制造了“‘东北帮’叛党投敌反革命集团”90人的冤案，进行诬陷、迫害。张学思、贾陶、车向忱、陈先舟等被迫害致死。

31. 林彪、江青反革命集团诬陷在抗日战争、解放战争期间的北平、上海、天津、广东、四川、云南和全国其他地方的中国共产党的地下党组织“招降纳叛”、是“国民党”、“叛徒党”、“美蒋别动队”，提出“一定要从地下党开刀”，致使各地与敌人

进行英勇斗争的大批中共地下党领导人、党员和群众被诬陷为“叛徒”、“内奸”、“日本特务”、“国民党特务”、“美国特务”、“间谍”、“反革命”。

1967年10月，黄永胜伙同广州部队政治委员刘兴元等提出对中共广东地下党进行“审查”，并组织了专门班子，诬陷中共广东地下党“招降纳叛”，混进一批“叛徒”、“特务”、“间谍”，制造了“广东地下党”冤案，使7100多人遭到诬陷、迫害，林锵云等85人被迫害致死。

32.林彪反革命集团在中国人民解放军中制造了大批冤案，使8万多人遭到诬陷、迫害，1169人被迫害致死。

黄永胜伙同刘兴元从1967年5月至1970年11月，在广州部队制造“反革命集团”冤案，诬陷副司令员文年生等“夺权搞政变”。株连700多名干部，文年生等被迫害致死。

吴法宪伙同空军司令部副参谋长王飞、参谋长梁璞诬陷、迫害空军大批干部、群众。吴法宪说：“你不斗倒他，再反扑过来，就要杀我们的头。”吴法宪诬陷空军的一批领导干部“搞地下活动”，要“夺权”，要“政变”。吴法宪直接诬陷、迫害的有174人，顾前、刘善本被迫害致死。

李作鹏伙同王宏坤、张秀川诬陷、迫害海军大批干部、群众。1968年1月李作鹏提出专案工作是“共产党打国民党”，同年10月又说要“猛打、猛冲、猛追”。李作鹏直接诬陷、迫害的有120人，雷永通等三人被迫害致死。

邱会作伙同总后勤部副部长陈庞等在总后勤部私设监狱，刑讯逼供。邱会作说要“狠斗”、“狠审”、“狠专”，使大批干部、群众遭到诬陷、迫害。被邱会作直接诬陷、迫害的有462人，申茂兴、王述臣等8人被迫害致死。

33.1966年12月28日，张春桥为了镇压上海“工人赤卫队”群众组织，夺取上海市党政领导权，从北京打电话给他的妻

子李文静，说："胜利果实不能被赤卫队夺去，要告诉造反派不能置之不理。"李文静把张春桥的电话告诉徐景贤，徐景贤传达了张春桥的电话。在张春桥等的指使下，王洪文伙同打砸抢罪犯耿金章，组织指挥一些不明真相的群众，攻打"工人赤卫队"，伤残91人，制造了康平路武斗事件。

1967年8月4日，王洪文策划、指挥了围攻"上海柴油机厂革命造反联合司令部"群众组织的武斗事件，关押、打伤650人。事后，张春桥称赞王洪文是"我们的司令"、"上海工人阶级的领袖"。

34.1967年5月，张春桥、姚文元在济南支持山东省革命委员会主任王效禹镇压群众。张春桥对王效禹说："你有力量，我就支持你。"王效禹随即在5月7日制造了省革命委员会大院武斗事件，拘捕关押388人。事后，张春桥、姚文元又一次表示支持，祝贺"打了一个胜仗！"

35.1966年10月，江青勾结叶群，指使江腾蛟搜查上海文艺界人士的家。叶群让吴法宪把江腾蛟找来北京，对江腾蛟说："江青同志有一封信落在郑君里、顾而已他们手里，现在究竟在谁手里不清楚，你可以组织些人搜查一下郑君里、顾而已、赵丹、童芷苓等五个人的家，凡是书信、日记本、笔记本之类的东西都拿来"，"要绝对保密"。江腾蛟回上海后，组织四十多人，冒充红卫兵，于10月9日凌晨，搜查了赵丹、郑君里、童芷苓、陈鲤庭和顾而已的家。江腾蛟将搜得的东西分两次送北京叶群住处。1967年1月，在江青亲自监视下，谢富治、叶群动手将搜查来的有关江青的信件、照片等烧毁。

36.1967年，张春桥在上海指挥反革命特务组织"游雪涛小组"（代号"二四四"），专门从事跟踪盯梢、绑架、抄家、监禁、秘密刑讯和搜集情报等法西斯特务活动。从1967年11月至1968年3月，这个特务组织为张春桥搜集、编造诬陷中共中央

华东局97名领导干部的材料，绘制了《华东局黑线人物关系图》，并编写了300期《扫雷简报》和《动态》，提供了100多万字的情报材料，制造冤案，诬陷、迫害干部、群众183人。1967年冬和1968年春，这个特务组织派人去江苏、浙江等地活动，诬陷华东地区党政军领导干部在“长江以南搞一个地下武装”，“密谋兵变”。1967年10月26日，上海市革命委员会副主任王少庸向游雪涛传达张春桥的话，说：“要当心，你们去搞人家的特务活动，人家也会搞你们的特务活动的。”1968年11月30日，这个特务组织在给张春桥的《一年工作总结》中写道，他们是“在一条特殊的战线上战斗”，“这一年来，大量的工作是同敌人进行隐蔽的斗争”，“从中央到地方直接间接地摸了不少老虎屁股”。张春桥在这份总结上亲笔批道：“谢谢同志们。”

37.1974年至1976年，江青、张春桥和姚文元指使迟群、谢静宜利用在清华大学的活动据点，同中共中央、国务院一些部门和上海、辽宁等地的江青反革命集团帮派体系骨干秘密串连，互通情报，并搜集一些省委领导干部的讲话记录和省委文件，编写《走资派还在走》、《情况反映》等诬陷党政军领导干部的材料。

38. 在林彪、江青反革命集团及其帮派体系骨干的指挥、煽动下，冤狱遍于全国。各民主党派，工会、共青团、妇联等群众团体，文化、教育、科学、技术、新闻、出版、卫生、体育等各界的大批干部、群众和大批归国华侨遭受诬陷、迫害，致残、致死。

各民主党派领导人遭到诬陷、迫害的有：中国国民党革命委员会中央副主席邓宝珊，中国民主同盟中央副主席高崇民、吴晗，中国民主建国会中央副主任委员孙起孟，中国民主促进会中央副主席车向忱，中国农工民主党中央主席团委员周谷城，九三学社中央副主席潘菽。各民主党派和全国工商联的中央常委、委

员和候补委员大批受到诬陷、迫害，黄绍竑、梅龚彬、楚溪春、高崇民、刘清扬、潘光旦、刘王立明、刘念义、王性尧、唐巽泽、许崇清、李平心、陈麟瑞、郑天保、王家楫、刘锡瑛、张玺、王天强等被迫害致死。

文艺界，仅文化部及其直属单位受诬陷、迫害的就有 2600 多人。著名作家、艺术家老舍、赵树理、周信芳、盖叫天、潘天寿、应云卫、郑君里、孙维世等被迫害致死。

教育界，仅教育部所属单位和 17 个省、市，受诬陷、迫害的干部、教师就有 142000 多人。著名教授熊庆来、翦伯赞、何思敬、王守融、顾毓珍、李广田、饶毓泰、刘盼遂、马特等被迫害致死。

科学技术界，仅中国科学院直属单位、第七机械工业部两个研究院和 17 个省、市，受诬陷、迫害的科学技术人员就有 53000 多人。著名地球物理学家赵九章、冶金学家叶渚沛、理论物理学家张宗燧、昆虫学家刘崇乐、植物分类学家陈焕镛、冶金陶瓷学家周仁等被迫害致死。

卫生界，仅卫生部直属 14 个高等医学院、校 674 名教授、副教授中，受诬陷、迫害的就有 500 多人。著名病理学家胡正详、药理学家张昌绍、胸外科专家计苏华、针灸专家陆瘦燕、中医叶熙春、李重人等被迫害致死。

体育界，大批干部和教练员、运动员遭受诬陷、迫害。优秀教练员傅其芳、容国团、姜永宁被迫害致死。

全国劳动模范大批遭到诬陷、迫害。著名劳动模范孟泰、时传祥等被迫害致死。

归国华侨、侨眷，仅 19 个省、市被诬陷、迫害的就有 13000 多人，281 人被迫害致死。方方、许立、黄洁、陈序经、黄钦书、陈曼云等侨务界著名人士被迫害致死。

全国各级党政军机关、企业事业单位、农村社队和城镇街道

的干部、群众，被诬陷为“叛徒”、“特务”、“反革命”、“走资派爪牙”等，遭受迫害的难以数计。

（三）谋害毛泽东主席，策动反革命武装政变

林彪反革命集团阴谋用“和平过渡的办法”篡党篡国失败后，策动反革命武装政变，阴谋杀害毛泽东主席。

39.1969年10月，林彪指使吴法宪任命林彪的儿子林立果为空军司令部办公室副主任兼作战部副部长。10月18日，吴法宪将林立果、王飞和空军司令部办公室副主任周宇驰等召集在一起，对他们说：“空军的一切都要向立果同志汇报，都可以由立果同志调动、指挥。”私自把空军的指挥大权交给了林立果。周宇驰、王飞等先后在空军党委常委办公会议上和机关作了传达。林立果伙同周宇驰、王飞等组成“调研小组”。1970年5月2日晚，林彪接见林立果、周宇驰、王飞和空军司令部办公室处长刘沛丰等，林彪问：谁是你们的头？5月3日，周宇驰、王飞等开会向林彪表忠心，并共推林立果为“头”。1970年10月，林立果为头的“调研小组”组成为“联合舰队”，叶群为周宇驰、王飞等规定了人名代号。“联合舰队”是林彪谋害毛泽东主席、策动反革命武装政变的骨干力量。

从1970年到1971年9月13日，在林立果、周宇驰的指使下，空军司令部副参谋长胡萍、七三四一部队政治委员王维国、广州民航局政治委员米家农和广州部队空军司令部参谋长顾同舟等，在北京、上海和广州建立秘密据点。林立果等利用这些据点进行联络，私藏枪支、弹药、电台、窃听器以及党和国家的机密文件。

40.1970年9月以后，林彪加紧了反革命武装政变的准备。1971年2月，林彪、叶群和林立果在苏州密谋后，派林立果到上海，召集“联合舰队”的主要成员周宇驰、空军司令部办公室副处长于新野以及七三四一部队政治部副处长李伟信，从3月

21日至24日制订了反革命武装政变计划《"571工程"纪要》，分析了形势，规定了实施要点、口号和策略，提出"军事上先发制人"，阴谋利用"上层集会一网打尽"或"利用特种手段如轰炸、543（注：一种导弹代号）、车祸、暗杀、绑架、城市游击小分队"，发动反革命武装政变，"夺取全国政权"或制造"割据局面"，并阴谋"借苏力量钳制国内外各种力量"。

1971年3月31日，林立果根据《"571工程"纪要》建立"指挥班子"的计划，在上海召集江腾蛟、王维国、七三五〇部队政治委员陈励耘和南京部队空军副司令员周建平秘密开会，指定南京以周建平为"头"，上海以王维国为"头"，杭州以陈励耘为"头"，江腾蛟"进行三点联系，配合、协同作战"。

1971年3月，米家农在林立果的指使下，在广州组织"战斗小分队"，要队员向林彪、林立果宣誓效忠，并制订了联络密语、暗号。

1971年4月，林立果指使王维国，在上海成立了为反革命武装政变服务的"教导队"，进行捕俘、格斗、使用各种轻型武器、驾驶车辆等特种训练。

41.1971年9月5日晚，周宇驰、于新野打电话给顾同舟，探听到毛泽东主席在长沙同一些负责人谈话的内容，当即密报林立果、叶群、顾同舟并书面报告叶群；6日，李作鹏在武汉得到武汉部队政治委员刘丰关于毛泽东主席在武汉同一些负责人谈话内容的密报，当天返回北京，分别告诉黄永胜、邱会作，黄永胜连夜打电话告诉在北戴河的叶群。林彪、叶群接到顾同舟、黄永胜的密报后，下决心采取行动杀害毛泽东主席。9月7日，林立果向"联合舰队"下达了一级战备的命令。9月8日，林彪下达了武装政变手令："盼照立果、宇驰同志传达的命令办"。9月8日，林立果从北戴河带来了叶群给黄永胜的密封亲启件，让王飞送给黄永胜。9月10日上午，王飞将密封亲启件送黄永胜。9月

10 日，黄永胜同叶群频繁联系，五次通电话，最后的两次分别达 90 分钟和 135 分钟。同日，刘沛丰从北戴河带回林彪写给黄永胜的信，信中说："永胜同志：很惦念你，望任何时候都要乐观，保护身体，有事时可与王飞同志面洽。"此信由林立果、周宇驰交给王飞，要王飞必要时送给黄永胜。9 月 8 日至 11 日，林立果、周宇驰先后在空军学院和西郊机场的秘密据点，分别向刘沛丰、江腾蛟、王飞、李伟信和空军司令部作战部部长鲁珉、空军司令部办公室副主任刘世英、秘书程洪珍、〇一九〇部队政治委员关光烈等传达林彪的武装政变手令，具体策划部署杀害毛泽东主席，并指派江腾蛟为上海地区第一线指挥，密谋用火焰喷射器、四〇火箭筒打毛泽东主席乘坐的火车；用炸药炸苏州附近的硕放铁路桥；派飞机炸火车；炸毁专列在上海停车点附近的油库，乘混乱之机杀害毛泽东主席；或由王维国在毛泽东主席接见时动手。

林彪、叶群同时还为南逃广州、另立中央和叛国外逃作准备，1971 年 9 月 10 日指使周宇驰等从空军司令部索取了东北、华北、西北地区雷达兵部署图，可作导航用的我周围国家电台频率表，北京至乌兰巴托、伊尔库茨克航线图和机场位置、呼号、频率表，广州、福州地区机场资料。

42.1971 年 9 月 11 日晚，王维国打电话向林立果、周宇驰密报，毛泽东主席已离开上海回北京。林彪、叶群获悉杀害毛泽东主席的计划破产，阴谋带领黄永胜、吴法宪、李作鹏和邱会作南逃广州，另立中央，分裂国家，策划"如果要动武，就联合苏联，实行南北夹击"。9 月 12 日，林立果、周宇驰分别向江腾蛟、王飞、于新野、胡萍和空军司令部情报部副处长王永奎等布置南逃。胡萍等安排了南逃广州的飞机 8 架，派 256 号专机送林立果去山海关，并把这架飞机供在北戴河的林彪、叶群和林立果使用。王飞、于新野和空军司令部情报部部长贺德全等拟定了南

逃人员名单，研究了分工和具体行动计划。当晚10时许，周恩来总理追查256号专机去山海关的情况，命令该机立即返京。胡萍一面谎报去山海关是飞行训练，并伪称飞机发动机有故障，拒不执行命令；一面给周宇驰通风报信。

1971年9月12日深夜，林彪、叶群和林立果接到关于周恩来总理追查飞机的密报，即与刘沛丰等到山海关机场仓皇登上飞机，不等副驾驶员、领航员、通讯报务员上机，飞机航行灯也没有开，就命令飞机起动滑行，于9月13日0时32分强行起飞外逃，在蒙古温都尔汗机毁人亡。

1971年9月13日3点15分，周宇驰、于新野和李伟信携带所窃取的大批国家机密文件和大量美钞，在北京沙河机场劫持3685号直升飞机外逃。驾驶员陈修文发觉后，采取措施回飞到北京市怀柔县，降落时陈修文被周宇驰杀害。

43．林彪叛逃前，周恩来总理决定，256号专机必须有周恩来、黄永胜、吴法宪、李作鹏"四个人一起下命令才能飞行"。但李作鹏给海军山海关机场场站下达的命令篡改为"四个首长其中一个首长指示放飞才放飞"，并说："谁来指示要报告我。要负责任"。9月13日0点20分，256号专机准备起飞、尚未发动时，场站领导人打电话请示李作鹏：飞机强行起飞怎么办？李作鹏不采取任何阻止起飞的措施，竟推托说："可直接报告请示总理"，以拖延时间，使林彪得以乘机外逃。事后，李作鹏又涂改电话报告记录，掩盖罪行。

44．1971年9月13日林彪叛国外逃，黄永胜、吴法宪、邱会作等为了掩盖林彪反革命集团的罪行，分别销毁了他们与林彪、叶群等来往的信件、材料以及笔记本、照片等罪证。

（四）策动上海武装叛乱

张春桥、姚文元、王洪文和马天水、徐景贤、王秀珍等以上海为基地、抓武装力量，在他们面临覆灭之际，策动武装叛乱。

45.1967年7月，张春桥在他审定的一份报告中提出“以枪杆子保卫笔杆子革命”，指使王洪文等在上海建立由他们控制的武装力量。1973年9月，王洪文对王秀珍说：“要建立全国民兵总指挥部，由我亲自来抓。”1974年3月，王洪文再次对王秀珍说：“军队不能领导民兵，民兵的指挥权要掌握在（上海）市委手里。”1975年1月和8月，王洪文在北京和上海，多次对马天水、徐景贤和王秀珍说：“我最担心的是军队不在我们手里。”王洪文还说：“要警惕修正主义上台”，“要准备打游击”。1976年2月，王洪文说：“上海民兵是我和春桥搞起来的”，“我是抓住不放的，你们可给我抓好”，“部队靠不大住”。

46.1976年5月7日，姚文元在北京同上海写作组成员陈冀德谈话时说：“文化大革命是暴力，天安门广场事件是暴力，将来的斗争也还是暴力解决问题。”陈冀德回上海后，向马天水、徐景贤等人作了传达。8月，姚文元亲自修改审定上海写作组在《红旗》杂志发表的《加强工人民兵建设》一文中，提出这支民兵武装力量“要同党内资产阶级”进行斗争，为暴力镇压和武装叛乱进行舆论准备。

47.1976年8月，南京部队司令员丁盛到上海，在延安饭店与马天水、徐景贤、王秀珍作了半夜密谈。丁盛说：“我最不放心的是六四五三部队”，“这个部队我根本调不动”，“这个部队的几个师，就摆在无锡、苏州到上海这一线，我很担心”，“你们要有所准备”。马天水立即检查对民兵发枪情况。随后突击发枪74220支、炮300门、各种弹药1000多万发，为发动武装叛乱做了具体准备。9月21日，张春桥在北京单独接见徐景贤，听取了丁盛到上海与马天水、徐景贤、王秀珍密谈和上海突击发枪的情况汇报。张春桥对徐景贤说：“要谨慎小心，要注意阶级斗争的动向。”9月23日，王洪文在电话中对王秀珍说：“要提高警惕，斗争并未结束，党内资产阶级他们是不会甘心失败的，总

有人会抬出邓小平的。”

48.1976年10月6日，江青、张春桥、姚文元、王洪文“四人帮”被粉碎。10月8日，徐景贤、王秀珍派全国总工会筹备组负责人金祖敏的秘书缪文金到北京刺探消息，规定了联络暗号。当晚，缪文金伙同中共公安部核心小组成员祝家耀，打电话给中共上海市委警卫处政治委员康宁一转王秀珍，用“我娘心肌梗塞”的暗语通报了江青、张春桥、姚文元、王洪文发生了最严重情况。随后祝家耀又打电话给康宁一，要他转告王秀珍：“人员集中了，锁起来了，不能动了。”徐景贤、王秀珍立即召开了紧急会议，实行紧急动员，决定“要干”，“拉出民兵来，打一个礼拜不行，打五天、三天也好，让全世界都知道”。徐景贤当即下达手令，调集和部署民兵33500名，组织了武装叛乱指挥班子，并设立了两个秘密指挥点，准备武装叛乱，责成上海报社、电台在宣传上进行配合。上海警备区副政治委员李彬山和上海市民兵指挥部负责人施尚英、钟定栋等，研究了武装叛乱的初步方案，并经王秀珍同意。上海市公安局党委副书记薛干青、徐成虎制定了公安局的行动方案。10月9日，施尚英召集10个区、5个直属民兵师负责人开会，命令兵力集中，人车配套，枪弹配套。动用各种枪炮27000余件，调集车辆225辆，集中大量物资和食品，在江南造船厂、中国纺织机械厂的指挥所和各区民兵指挥部架设了15部电台，沟通了联系。钟定栋进一步制定了“捍一”、“方二”武装叛乱的作战方案，他们决定从上海外围到市中心设置三道“控制圈”，部署对上海首脑机关、车站、码头、机场、港口、浦江隧道、桥梁和其他交通要道的控制，规定了口令和暗语。10月12日，准备发表“告全市、全国人民书”，拟定了21条反革命标语。10月12日晚，王少庸、朱永嘉和上海市革命委员会工交组负责人黄涛、陈阿大等又开会进一步策划停产罢工，游行示威，控制报社、电台，封锁中央发布的消息，准备

切断电网，用钢锭堵塞机场跑道，沉船堵塞吴淞口，提出“还我江青”、“还我春桥”、“还我文元”、“还我洪文”的反革命口号，要“决一死战”。

综合上述犯罪事实，林彪、江青反革命集团诬陷、迫害国家主席、全国人大常委会委员长、国务院总理、中共中央总书记及党和国家其他领导人，迫害、镇压广大干部、群众，阴谋杀害毛泽东主席，策动武装叛乱，证明他们是以推翻无产阶级专政的政权为目的的反革命集团。他们所犯的严重罪行都有大量确凿的证据。全国各族人民，特别是遭受诬陷、迫害和遭受株连的广大干部和群众，以及一度被蒙蔽、欺骗的干部、群众，都是他们罪行的见证人。

根据《中华人民共和国刑法》第九条关于适用法律的规定，本厅确认，下列10名主犯触犯了《中华人民共和国刑法》，分别犯有颠覆政府、分裂国家罪，武装叛乱罪，反革命杀人、伤人罪，反革命诬告陷害罪，组织领导反革命集团罪，反革命宣传煽动罪，刑讯逼供罪，非法拘禁罪，应当追究刑事责任，本厅依法提起公诉。

被告人江青，女，67岁，山东省诸城县人。逮捕前任中共第十届中央委员、政治局委员。在押。

被告人张春桥，男，63岁，山东省巨野县人。逮捕前任中共第十届中央委员、政治局委员、政治局常务委员，国务院副总理，中国人民解放军总政治部主任，中共上海市委第一书记、上海市革命委员会主任。在押。

被告人姚文元，男，49岁，浙江省诸暨县人。逮捕前任中共第十届中央委员、政治局委员，中共上海市委第二书记、上海市革命委员会副主任。在押。

被告人王洪文，男，45岁，吉林省长春市人。逮捕前任中共第十届中央委员、政治局委员、政治局常务委员、中央副主

席，中共上海市委书记、上海市革命委员会副主任。在押。

被告人陈伯达，男，76岁，福建省惠安县人。逮捕前任中共第九届中央委员、政治局委员、政治局常务委员。在押。

被告人黄永胜，男，70岁，湖北省咸宁县人。逮捕前任中共第九届中央委员、政治局委员，中国人民解放军总参谋长。在押。

被告人吴法宪，男，65岁，江西省永丰县人。逮捕前任中共第九届中央委员、政治局委员，中国人民解放军副总参谋长兼空军司令员。在押。

被告人李作鹏，男，66岁，江西省吉安县人。逮捕前任中共第九届中央委员、政治局委员，中国人民解放军副总参谋长兼海军第一政治委员。在押。

被告人邱会作，男，66岁，江西省兴国县人。逮捕前任中共第九届中央委员、政治局委员，中国人民解放军副总参谋长兼总后勤部部长。在押。

被告人江腾蛟，男，61岁，湖北省红安县人。逮捕前原任中国人民解放军南京部队空军政治委员。在押。

林彪、江青反革命集团主犯林彪、康生、谢富治、叶群、林立果、周宇驰已经死亡，依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第十一条第五项的规定，不再追究刑事责任。本案其他人犯另行处理。

此　致

中华人民共和国最高人民法院特别法庭

中华人民共和国最高人民检察院检察长
兼特别检察厅厅长
黄火青
一九八〇年十一月二日

为被告人陈伯达辩护的辩护辞

律师　甘雨霈　傅志人

（1980年12月18日）

审判长、各位审判员：

我们接受委托，作为被告陈伯达的辩护人。我们认真查阅和研究了本案的案卷材料，多次会见了被告陈伯达。在法庭调查过程中，法庭查证了大量证据，同时允许被告陈伯达进行充分的陈述和辩解。现在，法庭调查已经结束，我们提出以下几点辩护意见：

（一）被告陈伯达在林彪、江青反革命集团中的地位和作用问题。

林彪、江青反革命集团，是特殊形式的共同犯罪集团，被告陈伯达是该集团的主犯之一。但是，本案的十名主犯，每个人在这个集团中的地位和作用是各不相同的，在追究他们的刑事责任时，应当进行具体分析，只有通过具体地分析，才能恰当地适用刑罚。为此，我们提出下列两点意见，请法庭予以考虑。

第一，起诉书第二条，揭露了林彪、江青、康生、张春桥、谢富治、叶群以及陈伯达等人诬陷迫害刘少奇同志的严重罪行。1966年8月，在刘少奇同志仍然担任国家主席、中共中央政治局常委的情况下，林彪、叶群就指使雷英夫制造诬陷刘少奇的假材料。同年12月，张春桥又指使蒯大富在社会上提出打倒刘少奇的反动口号；此后，江青直接控制专案组，伙同康生、谢富治非法逮捕无辜和知情人，使用残酷手段，逼取口供，制造伪证，迫害刘少奇同志。从法庭调查的材料看，被告陈伯达是在1967年7月参与了决定批斗刘少奇的犯罪活动。上述情况表明，这个反革命集团的为首者林彪、江青早有诬陷、迫害刘少奇的阴谋。

为实现这种阴谋，他们连续数年采取了多种非法手段，直至将刘少奇同志迫害致死。我们认为，在决定批斗刘少奇这个问题上，被告陈伯达确实起了重要作用，但这是诬陷、迫害刘少奇一系列犯罪活动中的一个部分，而且这一具体罪行还是江青、康生和陈伯达共同决定的。因此，被告陈伯达在诬陷、迫害刘少奇这一共同犯罪活动中，他负有一定罪责，但他的地位和作用不同于林彪、江青、康生、张春桥等人。

第二，被告陈伯达早在1970年庐山会议时就已经被揭露，同年十月即被隔离审查，他是林彪、江青反革命集团中最早被揭露的人。陈伯达被揭露隔离以后，失去了继续实施犯罪的客观条件。而事实上，林彪、江青反革命集团在陈伯达被揭露以后，还继续进行犯罪活动长达6年之久。在这6年的时间里，相继发生了林彪等人策划谋害毛泽东主席、发动武装政变、叛国外逃，以及张春桥、王洪文等策动上海武装叛乱等一系列重大罪行。法庭审理情况表明，对这些重大罪行，陈伯达都没有参与，因此虽然他是该集团的主犯之一，但他不能对这些罪行负责。

（二）关于被告陈伯达在冀东事件中应负罪责问题。

起诉书第26条指控，1967年12月，被告陈伯达在唐山的一次接见会上说，冀东党组织“可能是国共合作的党，实际上可能是国民党在这里起作用，叛徒在这里起作用”，引起该地区党员干部、群众8.4万余人受诬陷、迫害，2955人致死，造成了极为严重的后果。我们认为，由于被告陈伯达当时的特殊身份，他的讲话确实起了诬陷、煽动作用，是造成严重后果的重要原因，因此他负有不可推卸的罪责。但是，成千上万人被诬陷、迫害，数千人死伤的后果，也并非仅仅由于被告陈伯达的讲话所能造成的，实际上还存在着一些其他因素，这些其他因素，同样是不可忽视的。因此，陈伯达对此严重后果，应负一定罪责，而不能负全部责任。

（三）关于被告陈伯达的态度问题。

被告陈伯达在庭审过程中，承认了全部犯罪事实和所造成的后果，承认他的“罪恶是重大的”，并一再向法庭表示他承担罪责，接受应得的惩罚，态度是比较好的。

以上三点辩护意见，请法庭在确定被告陈伯达的刑罚时，作为从轻的理由，予以考虑。

为被告人姚文元辩护的辩护辞

律师　韩学章　张中

（1980年12月19日）

审判长、各位审判员：

我们接受了最高人民法院特别法庭的指定，担任本案被告人姚文元的辩护人。我们提出下列辩护意见，请法庭予以考虑。

审判长、审判员：本案是一个反革命集团案件。在确定反革命集团中的各个犯罪人的刑事责任时，既要把反革命集团的主犯与从犯加以区别；又要把各主犯之间在反革命集团中所处的地位和所起的作用加以区别。江青是这个反革命集团的为首者，被告人姚文元是这个反革命集团的主犯之一。需要指出的是，被告人姚文元的某些犯罪活动，是在江青指使下实施的。例如，特别检察厅起诉书第十条指控江青、张春桥、姚文元、王洪文曾密谋策划，由王洪文到长沙向毛主席诬陷周总理、邓小平等搞篡权活动，阻挠邓小平出任第一副总理。11月26日法庭调查时，被告人王洪文供述：江青召集张春桥、姚文元、王洪文去钓鱼台一起密谋，并提出要王洪文去长沙向毛主席诬陷周总理和邓小平同志。11月26日王海容、唐闻生出庭作证时也说：江青于1974

年10月18日白天和晚上两次找她们到钓鱼台，要她们陪外宾到长沙时，把江青等人诬陷周总理、邓小平的话转达给毛主席。由此可以看出，当时召集张春桥、姚文元、王洪文到钓鱼台密谋策划的是江青；决定要王洪文到长沙向毛主席诬告的也是江青；要王海容和唐闻生再次到长沙转告的还是江青。因此，很明显，在这一犯罪活动中，江青应负主要责任，被告人姚文元是密谋参与者之一。在密谋中，姚文元曾说过："大有庐山会议味道"，当然要负一定罪责。但是，同江青比较起来，毕竟是有着重要区别的。根据罪与刑相适应的原则，希望法庭在量刑时予以考虑。

特别检察厅起诉书指控张春桥、姚文元、王洪文犯有策动上海武装叛乱的罪行。起诉书第四十六条指控被告人姚文元于1976年5月7日，在北京对上海写作组成员陈冀德说："文化大革命是暴力，天安门广场事件是暴力，将来的斗争也还是暴力解决问题。"陈冀德回上海后向马天水、徐景贤等人作了传达，因而起诉书认定，这是为上海武装叛乱进行舆论准备。起诉书的这一指控，我们认为是不能成立的。我们查阅了1980年8月29日陈冀德写的证据材料，情况是这样的：1976年5月7日，陈冀德向被告人姚文元汇报她在济南参加鲁迅著作注释出版工作座谈会的情况后，在谈到天安门事件时，被告人姚文元曾讲过上述起诉书引用的这一句话。被告人的这一句话说明什么问题呢？他说文化大革命是暴力，天安门事件是暴力，将来的斗争也还是暴力解决问题。他的这句话反映了他当时的思想认识。请法庭注意，被告人姚文元讲这句话是1976年5月，正是"四人帮"猖狂一时、得意忘形的时候。在那个时候，被告人姚文元没有预料到在1976年10月他们将被覆灭，他也难以预料到那时他们要在上海策动武装叛乱。因此，被告人的这个讲话，与后来的上海武装叛乱不能认为有必然的因果关系。为了说明这个问题，我们还想引用一个重要事实，请法庭考虑，那就是被告人姚文元与陈冀德谈

话时说："不要记。"这就说明被告人姚文元的这句话不能证明与以后的上海武装叛乱有直接的关系。

关于策动上海武装叛乱问题，根据12月13日法庭调查中出示的证据和证人的证言，已经证明张春桥、王洪文是上海反革命武装叛乱的策动者。早在1967年7月，张春桥就指使王洪文等在上海建立由他们控制的武装力量，张春桥提出，"以枪杆子保卫笔杆子革命"。1976年2月，王洪文说："上海民兵是我和春桥搞起来的"，"我是抓住不放的，你们可给我抓好"。王洪文1976年9月23日在电话中对王秀珍说："你们要提高警惕，斗争并未结束，党内资产阶级是不会甘心失败的。"法庭调查时，徐景贤供认，"四人帮"覆灭的前夕，9月28日张春桥向马天水、徐景贤、王秀珍等人下达了指令，说上海要"经受大考验"，"要打仗"。于是"四人帮"一垮台，徐景贤、王秀珍等人按照张春桥、王洪文的指令，立即策动上海武装叛乱。上海武装叛乱是张春桥、王洪文长期经营帮派武装的必然结果。被告人姚文元对这一罪行不应负刑事责任。

起诉书第二十五条指控，1968年1月，张春桥、姚文元诬陷中共上海市委是"黑班子"，诬陷上海市委第一书记陈丕显是"无产阶级最危险的敌人"，诬陷上海市委书记、市长曹荻秋是"叛徒"。曹荻秋同志和金仲华副市长被迫害致死。根据王秀珍1977年1月14日的供词，曹荻秋专案是全市的重大案件，是张春桥一直抓牢不放的。张春桥1968年亲自把曹荻秋全部档案材料调北京。张春桥一定要把陈丕显、曹荻秋都定为叛徒。马天水1977年1月14日的供词也说：根据曹荻秋专案组汇报，认为曹荻秋定叛徒的证据还是感到不足。于是马天水给张春桥打了一个电话，说明曹荻秋是叛徒证据不足。张春桥在电话里气焰嚣张地说："如果曹荻秋不是叛徒，全国就没有叛徒了！"被告人姚文元虽然在报批曹荻秋为叛徒的报告上划了圈，负有一定的罪责，但

是从全部情况分析，张春桥在这一罪行中，是起主要作用和决定作用的。这一事实也请法庭在量刑时予以考虑。

起诉书第三十四条所指控1967年5月，张春桥、姚文元在济南支持山东省革命委员会主任王效禹镇压群众的罪行。根据王效禹1980年6月20日的供词，当时张春桥反复对王效禹说："你有力量我就支持你"。在张春桥的直接煽动和支持下，王效禹于1967年5月7日制造了山东省革命委员会大院武斗事件，拘捕关押388人。从法庭出示的证据来看，姚文元事前并没有表态，武斗事件后，被告人姚文元虽然在山东省大中学校红卫兵代表大会上讲了话，祝贺"打了一个胜仗"，这当然要负一定的罪责。但是从这一犯罪活动的整个过程来看，事先策划、煽动、支持王效禹镇压群众的是张春桥，张春桥应对这一罪行负主要责任。

根据以上几点辩护意见，请法庭在对被告姚文元量刑时予以考虑。

为被告人吴法宪辩护的辩护辞

律师　马克昌　周亨元

（1980年12月18日）

审判长、各位审判员：

我们是被告人吴法宪委托的辩护人。现在我们提出以下几点辩护意见，请特别法庭予以考虑：

（一）林彪、江青反革命集团案是集团性的共同犯罪。作为犯罪集团的主犯，对他参与预谋或者参与实施的犯罪活动，都应当负刑事责任。但是，对他自己没有参与预谋也没有参与实施的行为，就不应当负刑事责任。被告人吴法宪对林彪一伙策动反革

命武装政变的严重罪行，是否应当负刑事责任？这就需要根据具体情况作具体的分析。起诉书第三十九条指控吴法宪私自把空军的指挥大权交给了林立果，使林立果凭借吴法宪给予的特权，在空军中大肆进行反革命活动，这一点已为证人的证言和被告人的供述所证实。吴法宪对私自交权和交权后产生的严重后果，负有不可推卸的罪责。但是，法庭调查证明，吴法宪当时并不知道林立果利用他交给的权力，组织“联合舰队”，进行反革命武装政变的准备活动，因此他对林立果组织“联合舰队”，准备反革命武装政变这一严重罪行，不应直接承担罪责。此外，起诉书第四十二条指控的林彪、叶群阴谋带领吴法宪等“南逃广州，另立中央，分裂国家”的反革命活动，吴法宪当时也不知道，这一情况已为法庭调查所证实。我们提请特别法庭注意：在确定吴法宪在林彪、江青反革命集团案中的刑事责任时，充分考虑这一实际情况。

（二）在确定反革命集团犯罪的刑事责任时，不仅应当把反革命集团的组织者、领导者与一般参加者区别开来，而且应当把反革命集团的为首分子与其他主犯区别开来，根据他们每个人在集团犯罪中的地位、作用和参与实施犯罪的程度来确定其刑事责任。吴法宪是林彪、江青反革命集团案的主犯之一，对此我们没有异议。需要指出的是，吴法宪在这个反革命集团案的主犯中不是为首分子，为首分子是林彪和江青；在林彪一伙中，吴法宪的地位不仅在林彪之下，实际上也在叶群之下，他的不少罪行是在林彪、叶群的指使下实施的。例如起诉书第十三条所列诬陷、迫害中共中央政治局委员、国务院副总理、中共中央军委副主席贺龙同志，就属于这种情况。起诉书说：“1966年8月，林彪指使吴法宪编造贺龙在空军阴谋夺权的材料，9月3日，吴法宪把他写的材料送给林彪。”这就清楚地说明了吴法宪是在林彪指使下对贺龙同志进行诬陷的。又如，起诉书第十八条所列被告人对中

共中央书记处书记、国务院副总理、中国人民解放军总参谋长罗瑞卿的诬陷、迫害，也属于这种情况。早在1965年，叶群、吴法宪等人在江苏太仓搞“四清”时，叶群就别有用心地对吴法宪散布说，罗瑞卿反对林彪。同年12月在上海叶群又唆使吴法宪诬陷罗瑞卿同志。回到北京后，林彪还叫叶群给吴法宪打电话，质问吴法宪是跟罗瑞卿走还是跟林彪走，对他施加压力，并授意他进一步诬陷罗瑞卿同志。在这种情况下，吴法宪为了投靠林彪，就对罗瑞卿同志进行了诬陷和迫害。应当肯定，吴法宪诬陷、迫害老一辈无产阶级革命家的罪行是严重的，当然应负刑事责任。但是，他在这方面的不少罪行是在林彪、叶群指使下实施的，主要罪责在林彪和叶群。这种情况，在确定吴法宪的刑事责任时，请法庭适当加以考虑。

（三）犯罪分子犯罪后，凡是认罪悔罪、交待罪行并揭发同伙的，司法实践中在量刑上历来都是作为可以考虑从轻的情况。这种情况在被告人吴法宪身上明显地存在着。吴法宪看了起诉书之后，在许多场合一再表示：“起诉书是公正的，是实事求是的。”在律师与他会见时，他又向律师表示：“我堕落成为林彪反革命集团的主犯，这是由于我的个人野心所造成的。我的罪行严重，怎么判我都可以。我希望能给我一个重新做人的机会，使我能赎一赎我的罪行。”在法庭审理过程中，他再三表示“完全知罪，认罪，服法”。这些都是吴法宪认罪悔罪的表现。

被告人吴法宪不只是口头上表示认罪悔罪，而且有实际行动。他如实地交待了自己的罪行，对同案其他主犯的罪行也进行了揭发。在交待罪行方面，他交待自己诬陷、迫害朱德、贺龙、罗瑞卿等老一辈无产阶级革命家和诬陷、迫害空军大批干部和群众以及其他反革命罪行，法庭调查的结果证明，这些交待符合实际情况。在揭发同伙方面，吴法宪对林彪、江青、叶群、黄永胜、李作鹏、邱会作等人的罪行，都写了揭发材料，经查证，他

的揭发基本属实。由此可见，被告人吴法宪认罪悔罪的态度是比较好的，请特别法庭在量刑时能够考考虑他的这一较好表现。

总之，我们认为：被告人吴法宪虽然是林彪、江青反革命集团案的主犯之一，犯下了严重的反革命罪行。但是，他也具备着一些可以从轻判处的条件。因此，我们希望特别法庭根据我国刑法第一条所指出的惩办与宽大相结合的政策，在量刑时考虑上述情况，对被告人吴法宪依法从轻判处。

为被告人李作鹏辩护的辩护辞

律师　张思之　苏惠渔

（1980年12月22日）

特别法庭审判长、各位审判员：

我们作为被告人李作鹏的辩护律师，自始至终参加了法庭调查。庭审活动符合刑事诉讼法的规定，保护了被告人的合法权益。刚才我们又听取了检察员发表的支持公诉的意见。现在我们为李作鹏作如下的辩护：

（一）被告人李作鹏被指控在林彪反革命集团的共同犯罪活动中，是一名主犯，业经法庭调查证实。法庭调查还证实，林彪是这个反革命集团的为首分子，应对这个反革命集团的共同犯罪负首要责任。

根据这一情况，我们认为，在确定李作鹏的刑事责任时，除应考虑到他在这个集团中所处的地位，在实施犯罪中所起的作用外，还应具体地分析他参与实施犯罪的程度。为此，我们请法庭考虑以下情节：

第一，法庭调查的结果，证明林彪反革命集团的主要罪行是

利用各种手段，甚至阴谋杀害毛泽东主席，策动武装政变，推翻无产阶级专政的政权。在这个集团性的共同犯罪中，李作鹏有他不可推卸的责任。但是，从法庭的查证来看，李作鹏并没有参与制订《“571 工程”纪要》一类的反革命武装政变策划，没有证据证明他直接参与策动了武装政变的反革命活动。

第二，起诉书指控李作鹏犯有向黄永胜密报毛泽东主席南巡谈话的罪行。但经庭审调查，没有证据证明，他告诉黄永胜上述谈话的目的是为了促使林彪“下决心采取行动杀害毛泽东主席。”此外，庭审调查也没有证据证明，他在此以后参与了杀害毛泽东主席的阴谋策划。

第三，起诉书指控林彪反革命集团犯有南逃广州，另立中央，分裂国家的罪行，涉及李作鹏。经庭审调查，同案被告人江腾蛟在 1980 年 8 月 31 日关于南逃活动的供词中证明：周宇驰等人按照林彪命令策划的南逃具体行动计划和实施步骤是，由王飞以林彪名义，电约黄永胜去机场，再由黄出面电告李作鹏等人到机场会齐，然后南逃广州。这个安排，由江腾蛟、王飞等人负责实施。江腾蛟的供词，在王飞 1971 年 12 月 8 日的供词中得到了证实。可见，“在南逃广州，分裂中央”这个犯罪活动中，不能证明李作鹏参与了策划。

第四，起诉书指控李作鹏犯有诬陷罗瑞卿总参谋长，迫害海军大批干部、群众的罪行。他在这方面的罪行，有些是在林彪的直接指使或授意下进行的。关于诬陷罗瑞卿，林彪于 1965 年 11 月先后命秘书和叶群电告李作鹏，要他围绕海军的斗争揭发罗瑞卿。叶群露骨地说：“罗有野心”，要李作鹏警惕。于是，李作鹏伙同王宏坤、张秀川当天报了诬陷罗瑞卿的材料，参与实施了陷害罗瑞卿的犯罪活动。

在诬陷、迫害海军干部和群众这一罪行中，林彪曾直接指使李作鹏，“很好地把材料给我整出来，……”，并限定“三天交

卷”。于是，李作鹏按照林彪的授意，审定了所谓《海军党委内部两个司令部争论的几个主要问题》的材料，点了12个人的名，随之进行了迫害。

审判长，审判员：上述具体情节中所包含的一系列具体区别，关系到量刑的轻重，我们希望法庭在追究李作鹏的刑事责任时，加以考虑。

（二）我们查阅了有关的案卷，有材料证明，李作鹏在预审中主动交待过林彪、叶群授意他诬陷罗瑞卿的罪行，并对叶群有所揭发。这个情况经王宏坤、张秀川证明属实。这表明，李作鹏对这条罪行已有认识，并有所悔改。

审判长，审判员：李作鹏的上述的悔改态度，与他早年革命的历史没有必然的联系。而作为辩护律师，我们有责任说明这样的观点：在被告人开始认罪的基础上，对他过去的状况适当地给予考虑，对本案来说，可能会达到定罪量刑更为正确、更加恰当的结果。

综合以上的辩护意见，我们认为，被告人李作鹏的罪行，与本案首恶分子林彪、江青的罪行相比，无论在情节上或是在危害程度上，都有明显的区别。因此，我们建议法庭，按照区别对待和罪、罚相当的原则，对被告人李作鹏依法从轻判处。

为被告人江腾蛟辩护的辩护辞

律师　王舜华　周奎正

（1980年12月1日）

庭长、副庭长、各位审判员：

我们是律师，是国家的法律工作者，为了履行我们的职责，

我们接受委托，担任林彪、江青反革命集团案的主犯之一江腾蛟的辩护人。

我们查阅了本案有关材料，会见了在押被告人江腾蛟，查看了档案、信件、笔记等各种证据。在法庭调查中，我们听取了被告人的陈述和证人的证言。我们认为：起诉书中指控被告人江腾蛟积极参与谋害毛泽东主席和策划南逃广州的阴谋活动，这一犯罪事实是清楚的，我们没有异议。

我们在研究了全案有关证据的基础上，提出以下辩护意见：

第一，林彪、江青反革命集团是一个集团，是共同犯罪，在这个集团中，林彪、江青是为首分子，他们对这个集团的罪行应负主要责任。对于被告人江腾蛟，应当考虑到他在这个犯罪集团中所起的作用和参与犯罪的程度，来确定他应负的刑事责任。从法庭调查的犯罪事实可以明白地看出，被告人江腾蛟积极参与谋害毛泽东主席和策划南逃广州的阴谋活动，不过他的这一严重罪行的确是在林彪的指挥下进行的，是在林立果的直接指使下进行的，他是这一反革命活动的忠实执行者和积极参与者，他与首犯林彪、与主犯林立果还是有一定区别的。请法庭在量刑时对江腾蛟的具体犯罪情节予以考虑。

第二，起诉书第三十五条指控被告人江腾蛟于 1966 年 10 月 9 日凌晨，搜查了上海文艺界人士赵丹、郑君里、童芷苓、陈鲤庭和顾而已的家，将查抄的东西分两次送北京叶群的住处。这一罪行已由各种证据所证实。我们要提出的是：这一罪行是江青勾结叶群共同策划的。叶群让吴法宪把江腾蛟找来北京，由叶群亲自布置任务，而由江腾蛟具体执行。至于江青与叶群如何勾结、如何策划等情况，根据法庭查证的情况，江腾蛟事先并不知道，所搜查到的材料，江腾蛟送到北京后，对这批材料如何处理，他也不知道。对于这一点，我们也希望法庭予以考虑。

第三，从查阅本案有关材料和法庭调查中可以证实，被告人

江腾蛟交代罪行较早。林彪一伙于 1971 年 9 月 13 日凌晨叛国外逃。第二天，即 9 月 14 日，当领导上找江腾蛟谈话时他便主动交代了自己的不少罪行，写了《谋害毛主席阴谋事件的经过》的书面材料。我们提请法庭注意，这是江腾蛟在不知道林彪等已外逃摔死在蒙古温都尔汗的情况下所作的交代。当时，他交代了自己的罪行，也主动揭发了林彪、叶群、林立果、周宇驰、于新野等人的罪行，这对查清本案的案情起到了一定的作用。紧接着，他又对 1971 年 3 月 31 日林立果在上海召集的所谓"三国四方"秘密会议的情况，作了交代。江腾蛟交代的罪行，基本上是属实的。对于江腾蛟较早地交代自己的罪行，交代比较真实，并揭发了其他同案犯的一些罪行，这一点我们提请法庭在量刑时予以考虑。

江腾蛟在审理过程中是有悔罪的表现的。他在 1971 年 9 月 14 日的交代中曾表示他的罪行是"万恶不赦"的，并表示"按党纪国法应该怎么处理就怎么处理"，他承认是"罪有应得"。最近在我们与他谈话时，他向我们表示，他对起诉书的指控只有两句话："一是罪有应得，应当受到人民的审判和惩罚；一是起诉书是实事求是的"。他还说："在事实面前我低头认罪，认罪服法。"他在法庭上也有悔罪的表现。

我们还要提出：由于江腾蛟个人野心的恶性发展，1965 年以后投靠了林彪，沦为林彪的死党，犯下了严重罪行。但当我们会见他时，他悔恨自己的罪行，他说："我犯了罪，只有继续改造才是惟一出路。"他希望给他一个赎罪的机会。我们作为他的辩护律师，有责任把他的要求向法庭提出，请法庭予以考虑。

庭长、副庭长、各位审判员：

被告人江腾蛟在林彪、江青反革命集团案中，他的罪责是清楚的。我们提出以上几点辩护意见，请法庭在量刑时予以从轻考虑。

第七章　政治人物的道德责任与法律责任

——克林顿绯闻案

如果说前面的案例反映的主要是法律与公权的关系，后面的案例反映的主要是法律与私权的关系的话，那么克林顿一案在本书中则是一个过渡性的案例，因为这一案例一方面反映了法律与政治权力的冲突，另一方面也反映了法律与个人权利的冲突。

克林顿登上总统的宝座后不久，就陷入了一连串的案件中：1994年1月，独立检察官开始调查与克林顿夫妇有关的白水案；1994年5月，前阿肯色州政府雇员葆拉·琼斯对克林顿提出起诉，指控克林顿在该州担任州长的时候曾经利用权势对她进行性骚扰。在这两个案件中，克林顿虽然都幸免于难，但对于琼斯案的调查却导致了对克林顿与莱温斯基是否有性关系的法庭调查。这就不可避免地要遭遇到三大矛盾：一是法律与个人权利的冲突。因为按照美国的法律，与人私通并不应当受到法律的起诉，而总统也是人，可是美国的独立检察官为什么要干预克林顿与莱温斯基之间的“私生活”？二是法律与总统权力的冲突。琼斯案也好，莱温斯基案也好，因为总统“私生活”不检点及其衍生的一些原因就对其进行无休无止的调查，总统还怎么去处理国家大事，能否让总统享有暂时的豁免权？三是法律与党派利益的冲突。克林顿的“伪证罪”等罪行已经昭然若揭，众议院也已通过了两项弹劾克林顿的条款，可最后参议院为何又否决了对他的弹劾？

通过对本案的反思，我们将会加深对法律与道德，法律与权力、法律与政治等一系列关系的认识。

一、案情介绍：总统的桃色新闻与弹劾案

1994年1月，独立检察官开始调查白水案。该案是关于克林顿夫妇涉嫌在20世纪70年代的白水发展公司诈骗案中有犯罪行为的案件。正在此时，1994年5月，前阿肯色州政府雇员葆拉·琼斯对克林顿提出起诉，指控克林顿在该州担任州长的时候曾经利用权势对她进行性骚扰。琼斯案由普通民事法庭审理，长期没有结果。1994年8月，共和党人斯塔尔（Kenneth Starr）担任负责白水案调查的独立检察官，经过两年多的调查，并没有发现克林顿夫妇在该案中有什么不法行为。但是克林顿夫妇当年的合伙人及继任州长塔克被认定犯有银行欺诈罪，克林顿夫妇先后在为此案举行的听证会上作证，克林顿夫人希拉里也因此成为美国历史上第一个接受传票的在任总统的夫人。而对于琼斯案的调查导致了对克林顿是否与前白宫实习工作人员莫尼卡·莱温斯基有性关系的法庭调查。1998年1月17日，克林顿在大陪审团前作证否认此事。独立检察官肯尼思·斯塔尔掌握了克林顿与莱温斯基曾经发生性关系的确切证据，从而迫使克林顿总统接受传票并出庭作证，开创了现任总统接受传票的先例。1998年8月17日，克林顿在白宫通过封闭的电视传导对大陪审团作证，承认自己与莱温斯基有“不适当”关系。当晚，克林顿向全国发表电视讲话，表示自己以前彻底否认与莱温斯基性关系的说法是“误导”了公众，他强调公私生活要分开，作为总统的私生活也要受到保护，并且指责独立检察官的调查太过分．但是他认为自己如实回答了大陪审团的问题。斯塔尔法官继续穷追猛打，9月9

日，斯塔尔将对克林顿的审查报告和所有相关文件呈交给众议院司法委员会，认定克林顿总统犯有可能应该被弹劾的罪行的证据。共和党控制的众议院将《斯塔尔报告》全文和克林顿8月17日对大陪审团作证的录像以及其他材料公布出来。9月12日，总统律师发表了对《斯塔尔报告》的抗辩书。总统的律师认为尽管总统的行为错误，但那不是宪法要求的弹劾一个总统所要证明的严重犯罪和不当行为。《斯塔尔报告》"充满了不相干的和不必要的细节和淫秽的空话"，明显是一个旨在糟蹋总统形象的产物。11月12日，众议院司法委员会以简单多数表决通过了4项对克林顿的弹劾文件。第一份文件指控克林顿在誓言下就他和莫尼卡·莱温斯基的关系问题对肯尼思·斯塔尔的大陪审团说谎。第二份弹劾文件指控克林顿在葆拉·琼斯案中出具伪证。第三份文件指控克林顿通过教唆他的秘书贝蒂·柯里（Betty Currie）就他和莱温斯基的关系对斯塔尔的大陪审团说谎从而构成妨害司法罪。第四份文件指控克林顿拒绝逐一回答众议院司法委员会要求他回答的81个问题而犯有滥用职权罪。1998年12月19日，众议院对司法委员会通过的对克林顿的4份弹劾文件进行表决。结果指控克林顿出具伪证和阻挠司法的两项弹劾文件被通过，其他两项被推翻。众议院在提出弹劾总统案的同时，要求参议院立即罢免克林顿的总统职务，并且禁止克林顿将来担任任何公职。1999年1月7日，参议院开始对克林顿总统弹劾案的审理。代表起诉机构众议院的13名众议院起诉人和被称为"白宫辩护团"的克林顿辩护律师进行了激烈的法庭辩论。2月12日，参议院对众议院提出的两项弹劾指控进行表决。结果判定伪证罪和妨害司法罪皆不成立。弹劾失败，克林顿总统得以继续留任。

二、克林顿案中的两个基本法律问题：总统的“暂时豁免权”与“伪证罪”等罪行的法律责任

(一) 克林顿是否享有民事案件中的豁免权?

1994年5月，前阿肯色州政府雇员葆拉·琼斯对克林顿提出起诉，指控克林顿在该州担任州长的时候曾经利用权势对她进行性骚扰。此案经过近4年的调查后，阿肯色州地区联邦法官赖特1998年4月1日下午撤销了琼斯对克林顿总统提出的性骚扰民事诉讼案。赖特法官说，虽然琼斯声称她受到了性攻击，但她所说的情况并不符合性骚扰的标准。这位女法官在一份长达39页的意见书中说，根据阿肯色州法律，原告提出的事实无法支持她提出的指控。在这一案件中，克林顿虽然幸免于难，但是美国总统在任期间以被告身份作证，这在美国历史上是破天荒的头一遭。

一开始，琼斯向阿肯色州的联邦特别法庭提出诉讼，控告克林顿对其进行性骚扰，要求克林顿赔偿70万美元。当时，特别法庭判定，克林顿在任内可以不必受审，但双方律师有权对目击证人进行调查，并以此作为法律上的调查过程的一部分。这当然是琼斯所不能接受的，因此她又向美国第8巡回上诉法院提出上诉。上诉法院于1996年1月作出裁决，琼斯在宪法上有权向高院申诉，有权获得法律的保护。并且强调，即便是在位总统也得遵守美国法律。当此案到联邦高等法院后，克林顿的律师仍然要求高等法院不受理此案，后来又提出等其卸任后再开庭审理的要求，其理由是作为操劳国事的总统，他有类似案子的豁免权。克林顿甚至还提出他所要求的豁免权是基于宪法的条文和基本精神，是基于总统的职责以及从建国初期就形成的三权分立的政治

架构而提出的。但是，美国高等法院对他的理由一一予以驳斥。法院认为，虽然不少国家的法律规定一些特殊身份的人因公务行为可以享有民事案件的豁免权，但是就本案而言，无论从哪一点讲，克林顿就不应当得到豁免权。首先，法院认为原告指控的克林顿的所有行为与美国总统的职责没有任何联系，而且，这些行为是在克林顿当选为总统之前发生的，因此基于克林顿的地位和职务提出豁免权是没有任何根据的。其次，美国是一个以判例法为主的国家，因此，克林顿在本案中是否享有豁免权还得看有无相关的判例。而从美国的历史来看，曾经有三位总统因就职前的某些行为先后成为民事诉讼中的被告。但是，对西奥多·罗斯福和哈里·杜鲁门的指控在其就职前就已被驳回。约翰·F·肯尼迪在竞选总统期间发生车祸，虽然在就职后才引发了诉讼，但均在庭外达成和解。约翰·F·肯尼迪就职后也认为他享有延期接受审理的权力，但法院认为这是一种"失策"，并且"使宪法蒙上阴影"。因此，即使克林顿"骚扰"琼斯的行为属于公务行为，也不可能得到豁免。再次，克林顿认为审理此案是对三权分立的一种侵害也是不成立的。因为三权分立原则所关心的是议会、总统和法庭之间的权力分配和制约。既然总统的行为并非职务行为，因此跟权力分配无关。而法院受理此案是对总统滥用权力的一种制约，这正是三权分立原则所要求的。最后，法院还认为，如果延期审理本案，相关证人可能会忘掉案件的一些具体事实，也可能会死亡导致证据丧失，最后导致偏见从而不利于司法的公正。基于上述理由，法院最后否决了克林顿的"豁免权"。

（二）克林顿作伪证，为何没有遭弹劾？

根据美国法律，克林顿与白宫实习生莱温斯基有染，并不构成被起诉的理由和被弹劾的罪名。但问题是，克林顿在琼斯案中曾否认与莱温斯基之间发生过性关系。而且据说，当琼斯的律师向莱温斯基发出传票要求她作"庭外供证"时，莱温斯基曾打电

话给克林顿，而克林顿不但教她否认他们之间的关系，而且要她去找克林顿的密友乔丹，说乔丹会帮助她找工作。因此，检察官斯塔尔只要能够证明克林顿与莱温斯基有染，那么克林顿可能会涉及作伪证、教唆他人作伪证以及妨碍司法公正等罪名。正因为如此，斯塔尔使出了浑身解数，抓住莱温斯基的致命之处，终于从她身上打开缺口，掌握了充分和确凿的证据。因为莱温斯基在琼斯案中虽然否认了与克林顿发生过性关系，但是斯塔尔从莱温斯基的好友特里普那儿录得了莱温斯基的谈话，谈话涉及她与克林顿之间的关系。有了这样的证据，莱温斯基的处境自然十分被动。本来，她有两条路可以选择：一条是与斯塔尔进行辩诉交易①，即在起诉人同意对其免予起诉和免受处罚的前提下，供认其与克林顿的性关系；二是利用沉默权不置可否，因为根据美国宪法，一个人不应由于自己的证词而面临刑狱之祸。但是在斯塔尔掌握了一定的证据后，第一条选择才是莱温斯基的最佳选择，因为如果她现在承认与克林顿的性关系，只是表明她在琼斯案中作了伪证。但如果继续否认与克林顿的性关系，则意味着她在新的案件中又一次作了伪证。孰轻孰重？莱温斯基当然得仔细掂量掂量。最后，两害相权取其轻，她的律师向斯塔尔提出了免予起诉的条件并得到了同意。这样，斯塔尔就获得了本案的关键证据，一是莱温斯基的证言，二是莱温斯基那条沾有克林顿精液的裙子。在确凿的证据面前，克林顿如果再继续抵赖，后果将不堪设想。在 1998 年 8 月 17 日（这对于白宫来讲，可以说是又一个历史性的日子），克林顿总统在众目睽睽之下，不得不向调查他

① 所谓“辩诉交易”，是指检察官和被告人或其辩护律师经过谈判而达成的由被告主动认罪以换取较轻定罪与刑罚的协议。如果协议达成后，只要被告人的认罪是自愿的，而且他已经言明放弃由陪审团审判的权利，法官就不再进行庭审，而直接根据检察官的起诉判刑。如果检察官在辩诉交易中决定不起诉被告人，法官一般也不得干涉。“辩诉交易”在美国的司法实践中应用十分广泛，估计有 85%～90%的刑事案件是通过“辩诉交易”结案的。当然，也有一些美国人反对“辩诉交易”，他们认为通过讨价还价来决定被告人的罪名和刑罚有失公正。

绯闻案的联邦大陪审团宣誓作证，最终承认了与莱温斯基有“不当”关系！

克林顿承认和莱温斯基有不正当的关系，就等于承认自己先前撒了谎和作了伪证。根据美国宪法，除了犯内乱罪与叛国罪，虽然并无起诉总统的规定，但对于行为不检点或违法犯罪的总统，国会可以行使弹劾权。不过，弹劾总统的程序是十分严格的，须先后获得众议院和参议院的 2/3 多数方能通过。应当说，克林顿的处境是十分危险的，因为在 1998 年 12 月 19 日众院不仅通过了两项弹劾条款，而且在向参院提交的呈文中说，对克林顿弹劾的指控证据“非常充分”，仅作伪证一项就可将克林顿定罪和免职。但是，在 1999 年 2 月 12 日参院对克林顿总统弹劾案的最终表决中，在以 45 票赞成对 55 票反对否决了指控克林顿在绯闻案问题上“作伪证”的第一项弹劾条款后，又以 50 票赞成对 50 票反对否决了对他“妨碍司法”的第二项弹劾条款。由于两项表决都远未达到宪法规定的对克林顿定罪和免职所需要的 2/3 的票数，因此克林顿成为美国历史上遭众院弹劾但未遭参院定罪和罢免的第二位总统。这种结果虽然有党派利益的影响，但在法律上也是可以解释的。因为琼斯案与莱温斯基案是两件不同性质的案件，前者是琼斯因“受骚扰”而要求赔偿的民事案件，后者则是一件事关克林顿是否涉及作伪证、教唆他人作伪证，以及妨碍司法的刑事案件。在美国，一般法院对于在民事案件中犯了伪证罪的人往往不予重视，地方检察官也很少依照刑法去起诉他。但是，如果在刑事案件中，作伪证则是一项很重的罪行。而克林顿的“罪行”基本上都是在琼斯案中犯下的，而在莱温斯基一案中，克林顿最终“主动认了罪”。克林顿本人就是一名律师，他对美国的法律自然是十分熟悉的，这实际上也可以解释为什么在琼斯案中敢于坚持作伪证，而在莱温斯基一案中势头不对就只好“乖乖投降”的原因。而至于教唆他人作伪证的问题，则涉及

妨碍司法的重大原则性问题，因此克林顿坚决否认曾教唆莱温斯基作伪证。幸好，莱温斯基和克林顿的好友乔丹都否认了克林顿有任何“教唆”他们作伪证的行为，乔丹甚至说他根本不知道莱温斯基与克林顿之间有什么关系，这就必然使“妨碍司法”缺乏相应的证据而难以成立。

三、关于法治问题的若干理论思考：法律与权力、法律与道德、法律与政治等

克林顿绯闻案是发生在20世纪末期的一起轰动全球的案件。综观克林顿案的前前后后，可以说此案全面详尽地反映了美国政治、法律和社会生活的运行体系，展示了美国社会制度的方方面面，留给人们很多的思考和回味。一方面，此案展现了美国多元社会不同力量的斗争和相互的制约，作为总统同样受到来自各方面的牵制，法律的程序意义得到相当的尊重，这在一定程度上显示了法治的力量。但是，即使是在法治条件下，法律也不是万能的。不少学者对克林顿案进行了深刻的总结，其中美国学者波斯纳撰写了《国家事务——对克林顿总统的调查、弹劾与审判》一书。波斯纳作为一位美国法院法官以及著名法学家，他从职业法律人的角度对克案作了深入细致的分析。认为在这一案件中，美国的“司法、政治体制、国会、法律职业以及学术界对于一个崭新的挑战处理失败”，“体制上失败”。一些公众知识阶层卷入了非理性的公众政治旋涡之中，最高法院处置不力，国会在提起弹劾程序方面的低能，以及美国法律的过度膨胀都暴露出美国制度上的弱点。当然，对于世界上处于不同法制进程的国家来说，从本案中获得的启示是有所不同的。下面，我们将围绕法治中的三大难点问题作一个简要的分析。

（一）法治的标尺：法律与权力的关系

亚里士多德曾经十分精辟地指出，人是天生的政治动物。人类作为有组织的社会性动物，一刻也离不开凌驾于个人之上的权力的作用。可是，权力是一把双刃剑，它既可以为善，也可以作恶。从理论上讲，一切权力都属于人民，所以一切权力都应当由人民来行使，或者权力的行使必须符合人民的意志才是合理的（当然，即使是由人民直接行使权力，也会发生多数人专制的现象）。但在实践中，由于各种条件的限制，人民直接行使权力的情况并不是很多，绝大多数情况下都是由一小部分人代行各种权力的，所以现实生活中权力行使者背离权力所有者即人民的意志的现象经常发生。为了防止权力的滥用，就必须对权力加以制约。

在历史上，人类对权力并不是没有制约。实际上，公共权力自诞生之日起就会受到各种各样的制约，如宗教的制约、风俗习惯的制约、道德的制约。但是，这一切制约都是对权力的软约束，这种约束能否发挥作用全靠受约束者自己的自觉，因此根本就不可能彻底能解决权力滥用的问题。因此柏拉图早期曾寻求“哲学王”的统治，但最终却认为法治优于一人之治，并且主张统治者应当成为“法律的仆人”。亚里士多德的法治定义实际上也包含着法律对权力的制约。他认为“法治应包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制订得良好的法律。”① 而从不同历史时期的法律实践来看，法律用于治民都是十分容易的事，但法律用于治权则是相当困难的事，因此亚里士多德提出的“已成立的法律获得普遍的服从”更多地应当是指权力对法律的服从，否则就不可能有法治的存在。以亚里士多德的法治理论为源泉，后来的各种法治学说从不同的

① 亚里士多德：《政治学》，商务印书馆1965年版，第199页。

立场、不同的角度都阐明了法律对权力的控制这一理念。

但是，法律对权力的控制并不等于就是法治，因为专制国家同样要用法律来制约权力。在中国两千多年的封建社会中，每个朝代都有大量用于治吏的法律法规，有的还十分严格甚至近乎残酷，如在明朝，一个官吏只要贪污少量钱物就要受到“剥皮实草”的处罚，但是由于我国封建时代的君权都是不受法律约束的，所以法制再严厉也不能叫做法治。因此，只有君权受到法律的严格的限制才可能出现法治，这正如美国的思想家潘恩所说，“专制国家的国王便是法律，自由国家的法律便是国王。”正是从这个意义上，我们判断一个国家是否走上了法治之路，就可以简单地用法和权的关系来衡量。如果用公式表示的话，那就是：人治 = 人→法→人；法治 = 法→人→法→人，以这种标准来衡量美国，不可否认它已是一个法治国家。因为从它的三权分立的架构来说，总统的权力不仅要受议会的制约，而且要受司法机关的制约。再从美国历史来看，有几位总统由于某些原因曾先后被起诉到法院，这本身就说明了即使是总统，他的权力也是应当受法律的约束。而像克林顿那样在任期间以被告身份作证，这在美国历史上更是破天荒第一次，这在一定程度上显示了法治的力量，给人以一种司法公正的感觉。因此，就连起诉人琼斯自己也感叹说：“司法制度在有效运作，阿肯色州的一个小女孩与美国大总统在法律面前是平等的，作为美国人，我为之感到骄傲。”

但是，即使是在法治国家，法律与权力的关系并未能够得到真正的解决。由于“一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验”①。所以美国历史上常常会出现总统企图突破法律约束的情形，造成宪法危机。如美国历史上的马伯里诉麦迪逊就差一点引发宪法危机。约翰·F·肯尼迪在其所涉民事案件

① 孟德斯鸠：《论法的精神》，上，第 243 页。

中，认为他享有延期接受审理的权力，也“使宪法蒙上阴影”。克林顿在琼斯案中曾多次以履行总统职务为由要求暂时豁免权；在后来的莱温斯基案中，克林顿曾先后6次拒绝了独立检察官斯塔尔要他主动到场解释其与莱温斯基之间关系的要求，以至于斯塔尔不得不做出一件美国历史上前所未有的事情：向一位现任总统发出传票。可以想像的是，在一个法治国家中，权力仍要常常超越法律之上，更不用说一个非法治国家。因此，对于我们这样一个正在走上法治之路的国家而言，权力如何产生、权力如何界限、权力如何运行、权力如何监督和制约等等不能不说是一个十分重要而又迫切的问题。

（二）法治的界限：法律与道德的关系

在克案中，克林顿因为与莱温斯基不正当的性关系被公开而引起广泛的关注，这一案件的特殊性在于，它是关于总统行为——桃色新闻和撒谎——而牵涉到弹劾总统职位的事件。克林顿处于两难选择之中，要么承认与莱温斯基的性关系而受到道德的指责，要么否认与莱温斯基有性关系而面临可能最终被证实撒谎而犯伪证罪。诚然，不正当的性关系并不是十分严重的违法行为，至多是一种道德的污点。但是，谁又愿意接受性丑闻呢？何况是一任总统呢。可以看到的是，克林顿从起初坚决否认与莱温斯基的性关系到不得不承认这种关系，再到因此而被提出弹劾，克林顿对性丑闻的遮遮掩掩反倒落下了作伪证的指控。而从另一方面来说，在本案中，对于总统的私人性生活的关注和调查到了史无前例的地步，这种情形是否合适？因此，道德的问题，如性的忠实、诚实坦诚等等美德，在现代法制社会的意义及其对法律体系可能影响的范围是我们值得关注的。在这一方面，我试图从以下三个方面予以说明：

1. 个人道德和公共道德

为了更好理解本案，有必要进一步对克林顿涉及的道德问题

作详细的分析。这里首先要区分个人道德与公共道德。个人道德是在不考虑个人职位的情况下应该承当的社会道德准则，而公共道德是道德准则施于在特定职位的人的责任。

关于克林顿与莱温斯基的性关系，部分人特别是一些宗教徒认为口交包括爱抚对方性器官都不是性交。但是，可以说大多数的美国人都认为一名已婚男子与一名他妻子之外的女性进行口交是通奸的一种形式。在美国，据说约有 20% ~ 25% 的已婚男人有通奸行为，所以从个人道德来看，克莱之间的性关系不是难以容忍的严重不道德行为。克林顿是与其下属发生性关系，但不是性骚扰。他也没有欺骗、诱奸，利用对方的年幼无知，事实上莱温斯基也是主动的。如果克林顿把与下属的性关系作为一种惯常的行为，这就成为对于职业道德的违反，在这里是对个人道德和公共道德的双重违背。为了掩盖丑行而又不落下伪证的罪名，克林顿在作证时总是模模糊糊，他拒绝承认自己撒谎，但是他其实就是个谎言家。他把莱温斯基说成是说谎者、是妓女，并且鼓励对于原告琼斯和检察官斯塔尔的诽谤。他唆使莱温斯基等人作伪证，同时对与莱温斯基的关系百般抵赖。他还虚假地参加赎罪宗教仪式，骗取神职人员的同情。

从克林顿作为总统看，他应该具有执政的基本道德和给予国民的示范性道德。比如诚实、勇敢、公正、清廉、勤奋等等。虽然克林顿的桃色新闻是人们街头巷尾谈论的话题，但是人们更关心的是他在宣誓后撒谎的问题。他在电视上公然否认与莱温斯基有任何性关系，而且一直重复这一谎言，直到被无可辩驳的物证揭露出来。由此，这样的总统，人们将不再相信他在公共事务方面的发言。克林顿在整个事件中表现出缺乏道德的勇气，不能直面自己的错误。可以理解的是人们对于性事往往有些羞怯而撒谎，对于同一个人来说，他也许在一个领域表现出道德勇气而在另一个领域表现出胆怯。但是人们将要怀疑克林顿在行使公共职

权时也是一个道德弱者。克林顿在白宫办公室的通奸行径以及公然的谎言，构成了对总统职位严重的玷污，是美国历届总统所仅见。克林顿一系列道德的丑行使自己被美国人民以及世界媒体嗤之以鼻，直接促成了他成为美国历史上第二位被提起弹劾的总统之一。

2. 领袖道德和平民道德

克案给我们提出了一些疑问，领袖、领导人要具有什么样的道德品质？在本案中，如果不是总统，而是普通人的道德与违法问题，那么其情形会有什么区别？

从来人们对于领袖的看法就有两个倾向，一种倾向是把领袖看作"圣人"，是道德完美的化身，具有大众所不具备的优良品质和模范的道德素养。如亚里士多德等人这样认为。而另外一种倾向则认为，领袖并不是完人，相反他们有自己的独特个性，为了实现目标，可以动用一切手段。他可能是残暴的，狡诈、独断的，而非"圣贤"。如马基雅维里这样认为。与这两种观点不同，洛克等人主张限制政府角色，同时也就潜在地放弃了对统治者崇高道德的要求。应该说，洛克的观点和美国宪法的起草者的思想是最接近的。克林顿属于哪一类总统？他肯定不是亚里士多德所说的总统。虽然，马基雅维里给予了总统一些特殊的维护职位的手段，如使用诡计、欺骗等，但是克林顿无疑在这方面也是失败的，他在整个事件中可谓声誉扫地，甚至被人所鄙视。但是，克林顿的优点也是很突出的，在他的任期内，美国经济出现少有的繁荣，一些主要的经济指标都有标志性的增长，美国人从心里还是愿意他留任的。从这些看来，他似乎更趋向于洛克的要求。

在美国建国初期，美国的一些总统的优秀品质一度成为美国人心目中的偶像，也成为对于总统形象的一种要求，如同亚里士多德和马基雅维里的观点。但是现在大多数美国人并没有感到需要有一个如同"圣人"或者"英雄"式的总统，他们对于政治普

遍的冷漠，而且不指望从领袖那里得到道德的启迪等等。克案给我们的启示是，关于领袖的崇高和神秘性已经被打破，在现代社会，政府力量被缩小和制约，人们政治的成熟，已经不再期待超常的政治伟人来安排他们。领袖也是平民，是你我的同类人，而不是什么模范。国家需要的是一套好的体制和机制，而不是依赖于一两个卓越的领袖人物。

3．内在道德和外在道德

在关于道德与法律关系的问题上，实证主义法学和自然主义法学的观点是相互对立的。前者认为法律和道德没有关系，或者是没有必然的关联。而后者认为法律和道德是不可分的。

奥斯丁就认为："法律的存在是一回事，它的功过又是一回事；它是否这样是一个问题，它是否符合一个假定的标准又是另一个问题。一个法律，只要实际存在就是法律，虽然我们有时不喜欢它，或者认为同我们用以表达满意与否的教科书不一样。"将法律和道德区别开来，其意义在于，我们可以避免把法律当作人们道德目标的应当性，同时也可以避免把法律当成为代替道德作为衡量行为的最终准则。新分析实证主义法学的代表哈特在一定程度上倾向于自然法学，但是在他看来，虽然任何法律都会受到一定社会集团传统道德或个人道德观点的影响，但是并不能说法律一定要符合或依赖于某种道德或正义。法律与道德是有联系的，但并无必然的联系。用他的话说："法律反映或符合一定的道德要求，尽管事实上往往如此，然而不是一个必然的真理。"

与之相反的是自然法学认为二者是密不可分的，在此问题上，以富勒为代表的新自然主义法学与以哈特为代表的新分析实证主义法学进行了长达数年的论战。富勒认为，法律不仅体现了普遍意义上的道德观念，即他所称之为的外在道德，而且法律制度必须在程序上满足普遍性、公平性、明确性等要求，他称之为内在道德。富勒把道德分为"义务的道德"和"愿望的道德"，

前者是禁止性的，表达社会生存的基本要求，而后者是肯定性的，是善行和美德。法律与“义务的道德”是相类似的。“愿望的道德”与法律没有直接的联系，当有人不能达到这种道德要求时，我们并不能去控告他，而只是加以惋惜或予以谴责。但是，“愿望的道德”与法律的公平、正义等普遍含义是有联系的。因此，法律在内容上必须体现道德观念，这就是所谓的“外在的道德”。富勒进一步提出了“内在的道德”学说。“内在的道德”指的是法律的解释和执行的方法问题，即一种程序性问题。富勒又将其称为“程序自然法”。“内在的道德”或“程序自然法”有8条基本原则，其根本的意图是保持人类目的形成过程的健康性和人类交流渠道的开放性。富勒在这里把法律程序提高到了自然法意义来认识，开创了从程序方面研究自然法的先例。

结合克林顿案来看。通奸等不道德行为并不构成法律追究的内容。从分析法学看，这是纯粹道德的问题，与法律问题可以说没有联系。而从自然法学看，忠实、贞节的要求毋宁说是一种美德，是“愿望的道德”。但是，在本案中，克林顿与莱温斯基的通奸行为是基本的案情，然而，克林顿在接受独立检察官的调查中，进一步发展到为了掩盖此行为而在陪审团前撒谎，发展到滥用职权影响司法。如：克林顿让莱温斯基保密并试图以工作为交换条件来收买莱温斯基的配合；他企图要其下属贝蒂·柯里撒谎来保护他；在回答大陪审团的提问时给自己作伪证等。本来的道德不检点行为上升为妨碍司法公正和作伪证的违法行为。这一系列的过程，是一个从违反道德原则，到违反法律规范的过程。对于克林顿来说，本来只受到谴责的道德丑行，进一步变为妨害司法程序的犯罪指控，几乎被国会弹劾其总统职位。这正如富勒所指出的那样，法律内在道德和外在的道德是互为影响的，其中一方的败坏不可避免地会使另一方也趋于败坏。通奸是外在的道德的污点，而克林顿为了掩盖其丑行妨害司法程序败坏了法制的内

在道德即程序正义。这一事实无疑提供了一个例证。克案表明，如果宣称道德与法律毫无关联的话，那么只能从思想上将他们分开而已。

（三）法治的局限：法律与政治利益的关系

法治国家的一个重要特征就是法律至上，法律具有至高无上的地位。但是即使是在现在的法治国家中，法律至上也只是相对的。真正的法律至上对于英国、美国这些早已走上法治之路的国家仍然是一种理想。这是因为在现实国家政治生活中，法律还受着各种利益和力量的牵制，其中主要有以下两个方面的利益：

一是不同政治权力机关的利益。美国的政治架构是典型的三权分立。三权分立的理论最早是由洛克提出的。为了有效地保护人们的生命、自由、财产，实现法治原则，他认为国家权力应当分为三种，即立法权、执行权和对外权，执行权和对外权必须从属于立法权，但立法权又必须受到制约。而孟德斯鸠在洛克分权理论的基础上，围绕自由提出了更为完善的三权分立学说。他把国家权力分为立法权、行政权和司法权三种，并且认为这三种权力既要相互配合，又要相互制约。孟德斯鸠的分权理论对美国的政治架构产生了深刻的影响。美国独立战争前的报纸杂志大量介绍孟德斯鸠的著作。富兰克林、杰弗逊等政治领袖们都非常熟悉《论法的精神》中的分权理论。1787 年颁布的《美利坚合众国宪法》，使分权理论第一次在实际中得到完全的运用。

三权分立的原则虽然确立起来了，但在实际的国家政治生活中，由于经济社会条件的变化，以及各个权力机关的头号人物的资历、能力的不同，三种不同的权力的权限常常发生变化。美国的三权分立体制相互制约，使美国成为近代以来政治连续性较长的国家。但三权之间也是斗争不断。19 世纪中叶的内战期间，以削弱司法和国会权力为代价，加强了联邦政府的权力；罗斯福新政时期，又以削弱司法和国会权力为代价，加强了总统的权

力；而水门事件则削弱了总统的权力。可总体而言，“在立法、行政和司法三个部门中司法部门是最软弱无力而又危害最小的，它既不像立法部门那样掌握钱包，也不像行政部门掌握刀剑。”①为了平衡司法机关的权力，美国的司法机关才有了其独特的法官制度，在1803年的马伯里诉麦迪逊一案中司法机关又争得了司法审查权。在“水门事件”中，司法机关再一次出了风头。但是，近些年来，美国的政治架构发展的总趋势是总统的行政权力越来越大。而克林顿的绯闻正好给司法机关（独立检察官）带来了机会，这也可能是斯塔尔之所以要不惜财力、穷追猛打的一个原因。虽然斯塔尔口口声声说是为了法律，但实际上是为了削弱总统的权力，抬高司法机关（独立检察官）的地位。而事实上，斯塔尔也确实实现了这一目标。正如一些美国人所评价的那样，莱温斯基事件已经深刻地改变了行政机构（总统）与司法机构（检察官）之间的权力平衡而使之有利于后者。

二是党派利益。现代法治虽然越来越要求政党法律化，从而把政党活动纳入法治的轨道，但是这并不意味着政党在法律面前是完全被动的。事实上，由于政党在现代民主国家中的地位和作用已越来越重要，如果离开政党的参与，一切政治运行都将不可想像，所以现代政治叫政党政治，现代政府叫政党政府。既然一切政治运行都离不开政党，那么法治的运行当然也离不开政党。但是政党对法治的效应是双重的，一方面，通过各党对政治权力的瓜分，客观上抑制了极权的产生；且各党派都不希望法律约束自己，而都希望法律约束别人，在这种基础上产生的法治，能够成为协调各种利益并凌驾于它们之上的力量。但是另一方面，政党的利益之争也会成为破坏法治的力量，因为在实行多党制的国家，当法律与政治发生冲突时，为了保全他们自己的政治利益就

① 汉密尔顿语，见《联邦党人文集》。

必然会牺牲法律。在克林顿的弹劾案中，政党的利益就表现得特别突出。按照法律规定，弹劾克林顿的决定必须经过国会参众两院的绝对多数通过才能作出，而当时的国会参众两院均由共和党人控制着。按常理，克林顿肯定是凶多吉少。可当时适值国会中期大选，共和党人为了赢得更多的选票，就必须顺从民意。而当时的民意是什么样的一个情况呢？由于克林顿在任期间，美国经济持续增长，而且克林顿所为毕竟不同于过去的尼克松而仅仅是绯闻，大多数美国人知道饭碗比总统的性事更为重要，因此克林顿的支持率不降反升，最高时达到72%。因此共和党人在弹劾克林顿时自然要小心翼翼。这就是众议院虽然通过了两项弹劾条款，但同时也否决了另两项弹劾条款（共有四项弹劾条款），最后参议院又否决了众议院已经通过的两项弹劾条款。这就是法律与政治斗争的最后结果。

四、案例资料选编：斯塔尔报告要点、白宫的辩驳书摘编等

人物简介：肯尼思·斯塔尔

肯尼思·斯塔尔：1946年生于得克萨斯州的贫农，父亲是一位理发师兼牧师。他早年到教会大学哈丁大学就读，大学二年级转学到乔治·华盛顿大学，获得学士学位。随后到了布朗大学和杜克大学深造。1968年毕业于杜克大学法学院，因其出色的口才成为华伦·鲍威尔大法官的私人法律助理。1981年担任大法官费奇·史密斯的顾问。1983年，斯塔尔出任哥伦比亚特区上诉法院法官，1989年任司法部副部长。卸任后加入芝加哥的科兰－

埃利斯律师事务所，年薪高达百万美元。1994 年 8 月，斯塔尔被任命为负责调查克林顿总统绯闻案的独立检察官，发表《斯塔尔报告》，成为轰动一时的新闻人物，并当选《时代周刊》1998 年度“风云人物”。

斯塔尔报告要点

独立检察官办公室在此特别提交有关克林顿总统行为的确实可信的调查材料，以证明他的行为有可能构成弹劾的理由。

这些调查材料表明克林顿：

——作为一件性骚扰诉讼案（琼斯诉讼案）中的被告，在宣誓的情况下撒谎；

——对大陪审团撒谎；

——试图向一位潜在的证人在其作证时施加影响，因为这位证人直接了解可能将暴露他证词中的虚假性的事实；

——试图帮助实施一位证人拒绝传唤的方案来妨碍司法工作；

——试图鼓励一位证人提供总统知道是虚假的书面证词，而后又在自己作证时利用这份虚假供词来妨碍司法工作；

——向可能在大陪审团面前作证的证人撒谎，因为他知道他们将会把他的谎言传达到大陪审团；

——存在一系列与宪法授予他忠实地执行法律的义务所不相称的行为。

事件背景：

琼斯诉讼案中一个极有争议的问题是，总统究竟需要在多大程度上透露关于他可能与“其他女人”有过的性关系的隐情。

例如，1997 年 12 月 11 日，美国地方法院法官赖特说：“法院认为，原告有权了解有关总统与其有过性关系，或提议或谋求

与其发生性关系，而那段时间又是州雇员或联邦雇员的任何人的情况。"

在被问及让他确认1986年以来与他发生过性关系的所有曾经是州雇员或联邦雇员的女人这一问题时，总统在宣誓作证中回答说："没有。"

总统经过宣誓并在赖特法官在场的情况下，否认他与莱温斯基有"性染"、"性关系"或"性交"。总统还说，他已经记不清楚是否曾与莱温斯基单独呆在一起过，他几乎记不清楚有关同莱温斯基互赠礼物的细节情况。他表示，除了他的律师之外，没有任何其他人告诉他有关莱温斯基可能是琼斯一案中的证人的情况。

独立检察官办公室的调查：

1998年1月12日，斯塔尔办公室获悉，莱温斯基试图影响琼斯诉讼案中的证人之一的作证，并且莱温斯基本人准备在这一案子的作证时提供假情况。

斯塔尔办公室在搜集到可以检验这些材料之真伪的证据之后，便向司法部长珍妮特·雷诺提交了这些证据。

第二天，司法部长雷诺要求美国哥伦比亚特区司法巡回上诉，法院特别处迅速扩大独立检察官斯塔尔的司法权限。

所犯过错的严重性：

决定总统的行为是否能够被众议院加以弹劾或被参议院解除其职务，不是斯塔尔办公室所做的事情。当然，做出这样的裁决是宪法赋予立法机构的权力。但斯塔尔办公室被授权进行刑事调查，并寻求在其司法权限的范围之内提出刑事起诉。然而，检察官办公室进行调查时，有法律义务向国会通报"可能构成弹劾理由"的情况。这种工作不可避免地需要对证据揭露的事实之严重性做出判断。

包括总统在内的所有美国人都有权享受不受公众和政府干预

的个人隐私权。但是，在本案中提到的涉及隐私的问题是受到某些条件限制的。

第一项限制是总统在联邦法院因所谓的性骚扰案而受到起诉时实施的。这些证据不时令被告和原告感到难堪。国会和最高法院已经得出如下结论：有关令人难堪的问题必须让位于人们所关注的更重大的问题，也就是说，应该允许受害者获得他们申诉的权利。如果基于证据掩盖的仅仅是“个人”或“私家”行为的理由而赦免说谎和藏匿证据的那一方，那就会使国会和最高法院通过制定和解释这个国家的性骚扰法而寻求实现的目标难以实现。当这一行为涉及在工作场所的高官与他年轻的下级之间发生性关系时，情况更是如此，因为这种行为与这些目标是相违背的。

第二项限制是在赖特法官要求透露作为此报告的部分题材的准确材料时实施的。赖特法官后来决定不在审判时采用这些证据，而且还做出有利于总统的裁决。但这事实上并不能改变总统在作证时承担的司法责任，试图阻碍搜集证据的行为绝不能被视作对法院命令的一个可以接受的回答。

作伪证是对司法程序基本观念的公然蔑视。任何公民，无论是在刑事案件中，还是在大陪审团调查、国会听证会、民事案审理中作伪证和妨碍司法调查的行为，都是非常严重的情节。当美国总统有了上述行为时，我们认为，这些行为“可能构成了弹劾的理由。”

检察官办公室报告的内容：

这份陈述报告的大量篇幅是对总统与莱温斯基关系进行的叙述。总统与莱温斯基关系的性质是总统许多虚假证词的主题，而他希望对这种关系保守秘密，则是他许多显然为阻挠司法调查的行动的原因。

据莱温斯基说，她与总统一共有过 10 次性接触，其中 8 次是她在白宫工作期间，两次是在此之后。

据莱温斯基的朋友厄布兰小姐说，克林顿总统有一次向莱温斯基说，他不知道自己在离开白宫后是否会保持婚姻。他实质上说："谁知道过四年离开白宫后会发生什么情况?"据厄布兰说，莱温斯基认为，"也许她将成为他的妻子"。

据莱温斯基说，除了会面外，她还同总统在电话里交谈，这大约有50次，常常在晚上10点之后，有时在午夜过后。总统有时亲自打电话，在工作时间则要他的秘书贝蒂·柯利打电话。

莱温斯基和总统互赠过许多礼物。据她估计，她送给他大约有30件礼物，他送给她大约有18件。据莱温斯基说，11月20日，也就是亲密的关系开始后5天，她送他一条领带，据莱温斯基说，总统在她送给总统领带的那天晚上给她送去一张他自己戴这条领带的照片。

莱温斯基送给他共6条领带、一张上面画有白宫图案的古式镇纸、一件夹雪茄或香烟用的银制台式夹具、一副太阳镜、一件衬衫、一只刻有"圣·莫妮卡"字样的杯子、一只青蛙小雕像、一个拆信器、几本小说、一本幽默语言集、几本年代久远的书等。他送给她一枚帽饰针、两枚胸针、一条毯子、一件大理石小熊雕像和一本沃尔特·惠特曼写的《草叶集》特别版本等。

莱温斯基在总统戴她送的一条领带或穿她送的其他衣服时，认为这是一个爱的标志。

互相保守秘密：

(1) 互相谅解。莱温斯基和总统在作证的时候说，他们采取办法对这种关系保密。莱温斯基在给斯塔尔办公室的书面证词中写道：总统对她说，如果问到这种关系，就否认。他还说了这样意思的话："有关的两个人说没有发生过这样的关系，就没有发生过这样的关系。"她对他说："我永远否认这种关系，我永远会保护你。"他表示赞同。总统在大陪审团作证时证明，他努力对他们的联络保密。他说："我对此感到有些局促不安。我知道这

是错误的。”

(2) 掩盖实情。据莱温斯基说，在她去见总统的时候，“总有某种掩饰”。她在白宫工作时如果去见总统，一般打算对任何一个问她到白宫干什么的人（包括特工处的官员和工作人员）说，她给总统送文件。后来在她离开白宫到国防部工作后，她依靠总统秘书柯利女士安排她见总统。为这些会面掩盖的办法是，莱温斯基来见柯利女士，而不是见总统。

总统在大陪审团作证时承认，他和莱温斯基“可能谈到过在非法律方面可以做些什么事情来掩盖他们之间的关系”。但是他还说：“我从来没有教过莱温斯基撒谎。”

(3) 如何采取措施避免被人看见和听见。据莱温斯基说，在1995年11月政府机关因财政危机关门期间头两次性接触以后，她同总统的会面一般在周末，因为那时白宫西厢的人要少一些。

(4) 莱温斯基的书信。据莱温斯基说，总统对可能暗示他们之间不正当关系的书信表示过关注。他劝告她对选出的书信要当心。

(5) 莱温斯基怎样看待他们的保密努力。莱温斯基在琼斯诉讼案中被传讯后的两次录音谈话中表示，相信她与总统的关系永不会被发现。

小结：

有众多确实可信的材料表明，总统在宣誓下进行民事作证时，对他是否曾单独与莱温斯基呆在一起的问题说了假话。总统在回答时说“我记不起来了”，这是撒谎。

总统隐约地记得，莱温斯基可能给他送过几次“要签署的文件”。“送文件”是总统和莱温斯基最初想出的掩盖他们关系的办法之一。大量确实可信的材料还证明总统在宣誓下进行民事作证时，在他与莱温斯基交换礼物的问题上撒了谎。

总统在民事案作证中有关给莱温斯基礼物的证词

问："你给莱温斯基曾经送过礼物吗?"

克林顿："我想不起来了。"

问："帽子的饰针?"

克林顿："我不知道。我记不起来了。"

与总统民事案中作证的证词矛盾的证据：

证据表明总统在1997年2月28日送给莱温斯基一枚帽子饰针，以此作为迟到的圣诞礼物。据莱温斯基说，在她1997年12月28日见总统时，"我提到对作为证据带到法庭的那顶帽子感到不安，他说他也有点不安，问我有没有告诉其他人帽子饰针是他送的，我说没有"。

总统在民事案作证时说他想不起来是否给莱温斯基送过什么礼物，他记不起来是否给过她帽子饰针，尽管"当然，我可能给过"，他只有"一两次"得到过莱温斯基的礼物。实际上，证据表明他们在相当一段长的时间里交换过许多不同的礼物。

众多确实可信的材料证明总统在宣誓下进行民事案作证时，就他与莱温斯基有关她卷入琼斯案的谈话撒了谎。

克林顿总统作证的证词：

问："你曾经与莱温斯基谈到过她可能被要求在这个案子中作证的事吗?"

克林顿："（录音显示他停了近14秒钟后才回答）让我对你们说我为什么不能肯定。好像是，这个，这个——我是尽量想准确一些。好像上一次她是去看某个人。那是圣诞节前夕，我们正在开玩笑，说你们这些人（琼斯的律师）在拉瑟福德学会的帮助下可能会找所有和我谈过话的女人，并问她们那件事，于是我就说你（莱温斯基）有资格算一个，或诸如此类的话。"

问："那么，莱温斯基是怎么回答的，如果她说了什么的话?"

克林顿："我什么都不记得了，不管她说了一些什么，我都

记不住了。大概是一些可以想像得到的话。”

与总统的民事作证证词相矛盾的证据

（1）莱温斯基的证词：莱温斯基作证说，她曾就在琼斯诉讼案中作证的可能性与克林顿谈过三次话。一次是在1997年12月17日，在她被列入证人的名单上之后。另外两次分别是1997年12月28日和1998年1月5日，在她接到出庭作证的传票之后。

（2）总统在大陪审团前的证词：总统对大陪审团作证时承认莱温斯基在1997年12月28日见过他，并说他们那次讨论了她同琼斯一案牵连一事。

有充分可信的证据说明克林顿总统在民事案作证时在宣誓下撒谎。当问及他是否同莱温斯基谈过她出庭作证的可能性时，他说“我不能断定”。事实上，正如莱温斯基的证词所表明的那样，在他进行民事作证前的那个月中，他曾三次同莱温斯基讨论过这个问题：

乔丹作证说，他在与莱温斯基谈话之后曾对总统说过12月19日传票的事。总统在民事作证时在传票问题上明显撒谎。要是他承认在莱温斯基接到传票后曾与她谈过话，那么他有左右证人的嫌疑，这将会导致司法部门和公众对总统进行审查。

有充分可信的证据说明克林顿总统想尽办法妨碍司法程序、参与了各种隐瞒活动。这些活动包括：

①隐瞒总统给莱温斯基的礼物，而传票已经要求莱温斯基在琼斯一案中作证时出示这些礼物；

②隐瞒1998年1月5日莱温斯基给总统的一封情书。

从一开始，克林顿和莱温斯基就共同希望并且感觉他们两人的关系将保持秘密。在必要时他们将积极采取步骤掩饰这种关系。总统作证时曾说：“我希望这种关系永远不会公开。”总统隐瞒礼物是有动机的，无论他是间接地通过柯利女士促成此事，还是直接通过莱温斯基促成此事。隐瞒礼物将会保证总统在民事案

作证时违背誓言，就礼物问题发表虚假的、误导别人的证词。

1997年12月16日，琼斯的律师要求总统出示文件，其中包括有关莱温斯基的文件。

1998年1月4日，莱温斯基把给总统的一本书交给柯利女士，里面夹着她写的一封情书，那是她看了电影《泰坦尼克号》后的感想。

总统作证的时候说，他不记得那本书夹有情书。根据莱温斯基的证词，有充分、确凿的证据表明，总统隐藏或者销毁了那封信。

有充分可信的证据表明，克林顿总统和莱温斯基达成了默契，即他们将在琼斯诉讼案中违背誓言，就他们的关系撒谎。克林顿总统还极力妨碍司法调查，他建议莱温斯基提交书面供词，这样她就可以不宣誓作证。

在总统作证的两天，总统的律师罗伯特·班奈持从卡特先生那里获得了莱温斯基书面供词的副本。

班奈特律师把莱温斯基否认与总统有“性关系”的书面供词读给总统听，并问他：“就你所知，这份声明是真实和准确的吗?”总统回答说：“绝对真实。”

总统对大陪审团说：“如果要问我是否希望（莱温斯基）能以书面陈述作证，的确是的。如果要问我是否要她提供假证词，没有，从来没有过。”

有大量确实可信的证据表明，总统与莱温斯基达成了一个协议：如果问到他们是否有性关系，两人在宣誓作证时就都说谎(从刑法的角度来说，这是一种妨碍司法或犯伪证罪的阴谋行为)。他们1997年12月和1998年1月交谈的基本内容就是为了作假证而达成共识或明确的协议，目的是避免他们两人中的任何一人在琼斯诉讼案作证时说出实情，而使另一人被控作假证。

还有大量可信的证据表明克林顿总统试图妨碍司法。克林顿

总统通过暗示莱温斯基提供书面供词从而避免让她宣誓作证，并且试图避免在他本人作证时被提问——种种这些做法都是为了妨碍在琼斯诉克林顿性骚扰的案件中搜集证据。

有大量可信的证据表明，克林顿总统在莱温斯基如果为琼斯诉讼案作证可能会对他不利的时候，努力通过帮助莱温斯基在纽约获得一份工作来妨碍司法调查。

总统曾经鼓励莱温斯基保持他们之间关系的秘密。鉴于最高法院 1997 年 5 月一致决定继续对琼斯诉讼案展开调查，总统对莱温斯基的关照也越来越多。

在琼斯诉讼案扩大调查期间，总统及其助手曾经多次花费大量时间和精力帮助莱温斯基在私营企业获得一份工作。从已有证据可以推断出该当事人的意图。在本案中，1997 年底，总统帮助莱温斯基找到工作。当时，如果莱温斯基在琼斯案中客观作证，就会成为对他不利的证人。总统这样做颇费心思。他的帮助导致驻联合国大使、全国商界的知名人士露化浓总公司总裁罗纳德·佩雷尔曼和全美著名律师弗龙·乔丹卷入该案。大量可信的材料证明，总统帮助莱温斯基找工作的动机至少在某种程度上是为了让她在琼斯诉讼案中“合作”。

大量可信的材料证明，克林顿总统试图对贝蒂·柯利的证词施加影响，从而妨碍司法调查。

克林顿总统在民事案作证后第二天会见贝蒂·柯利和在几天后与柯利的另外一次谈话中，对她讲了一些他知道其实纯属谎言的话。

结论：

总统向他的助手们发表了如下可能引起误导的讲话：

总统告诉波德斯塔、鲍尔斯和伊基斯，他与莱温斯基没有发生过“性关系”。总统对波德斯塔说，“当（莱温斯基）到这以来时，她是来看贝蒂（即柯利）的。”总统告诉布卢门撒尔，他不

记得自己曾经给莱温斯基小姐打过任何电话，他只记得有一次曾在她的录音电话上留过言。

鉴于所有这些情况，有大量确实可信的证据表明在大陪审团进行调查期间，总统在运用不适当的手段影响证人。有大量确实可信的证据表明，克林顿总统自1998年1月17日以来在涉及他与莱温斯基的关系问题上所采取的行动，同宪法所赋予的总统应忠实于法律的义务是相冲突的。在总统1998年1月17日的民事作证之前、之中和之后，他试图在琼斯诉讼案的司法程序中隐瞒他与莱温斯基小姐的真实关系。此外，总统在陪审团面前宣誓后又撒谎，并利用了其他人向大陪审团提供的假证据。总统1998年曾许诺在陪审团的调查中进行充分合作，并许诺“迅速地而不是拖拖拉拉地提供更多的而不是更少的材料”。

在7月传唤以后，总统在1998年8月17日再次对大陪审团撒谎。当天晚上，总统再次向美国人民和国会撒谎，他辩解说，他在民事案作证时的回答“从法律上是完全准确的”。总统接着含蓄地要求国会不要采取行动，说“我们的国家已经被这类事情分散精力的时间太长了”。

总统一再以不正当手段要求按行政官员豁免权来从大陪审团这里取消关于他个人不正当行为的一些证据。

当对莱温斯基的指控第一次出现时，总统告诉美国大众，他将予以充分的合作。但是，这种合作一直没有出现。

总统6次拒绝了要他在大陪审团前作证的要求，因而拖延了迅速了结此事的时间，而且当他1998年8月在大陪审团面前作证时，仍然拒绝回答有关的问题。

1998年7月31日在玫瑰园举行的一个仪式上，总统向全国发表了类似的讲话：“我将尽我所能准确地、全面地回答每个问题。”总统后来宣读了一项准备好的声明，在这项声明中，他承认与莱温斯基“有着不适当的亲密接触”。尽管他在声明中说他

将回答每个问题，但是拒绝回答关于这种“接触”的具体而实质性的问题。

总统在1998年8月17日的公开声明中误导了美国人民和国会，他当时说，他1月份在民事案作证中的回答“在法律上是完全准确的”，他并没有适当地考虑他的回答是否准确。这些回答是有意作伪证，目的是为了掩盖总统与莱温斯基有性关系的实情。

在本案中，总统在他与莱温斯基的关系问题上作了伪证。在关于他宣誓后是否还撒谎的问题上，以及在他在民事作证中是否妨碍法律程序的问题上，他还是撒了谎。1998年1月，在公开讲话中他强调说：“我同这个女人没有性关系”，“这些指控是不真实的”，总统实际上还拖延了国会有可能进行的调查，接着他以行政官员豁免权名义进一步拖延调查，并拒绝在独立检察官的调查中作证达6个月之久。这一切表明，有确实可信的证据可能构成弹劾的法律依据。

莫妮卡·莱温斯基作证：

莫妮卡·莱温斯基在宣誓下对大陪审团作证。1995年11月，当时她22岁，在白宫做实习生，从那时起，她开始了与总统的关系，包括实质性的行为，她就次数、日期和10次接触，以及某种形式的生殖器接触的详细情况作了证明。根据白宫时间记录，莱温斯基证词中提供的接触场所在白宫椭圆形办公室，与总统白宫时间场所记录有8次正好相吻合。

现将他们之间的10次性接触公布出来，可以帮助判断总统在宣誓下做的证词是否撒谎，他的证词一贯否认他们两人之间有性关系。在向大陪审团做证时，他承认与莱温斯基小姐有“不适当的亲密接触”。但否认有胸部及私处的性接触。当阅读下文时，请记住总统在宣誓下的否定回答证词。

由于总统作了否定回答证词，为了证明证词中的矛盾之处，

不得不将详细情况公布。如果总统对大陪审团承认莱温斯基小姐所说的他们之间的性行为，承认在民事案中宣誓撒谎了，那么以下的文字就是多余的。只是当总统8月17日作证后，否定此事，我们才觉得要求莱温斯基小姐在宣誓下对具体细节作证成为必要。鉴于①总统所做的否定证词；②他坚持认为在作证中其证词从法律的定义上是准确的；③他拒绝回答相关联的问题，所以公布这些细节是相当重要的。有确实可信的材料显示，总统就其与莱温斯基小姐关系撒了大量几乎可以蒙混过关的谎。

1995年11月15日　星期三

莱温斯基小姐证明，1995年11月15日星期三晚上，她与总统发生了第一次接触，当时，她是白宫实习生。那天晚上，总统将莱温斯基小姐带到椭圆形办公室书房，他们接吻了。第二次，在椭圆形办公室书房外的厅廊，她与总统进行了性接触。在这次会面中，总统直接抚摸了莱温斯基的私处。

1995年11月17日　星期五

莱温斯基小姐证明，两天后，即1995年11月17日星期五，她与总统见了面。莱温斯基小姐说，那次见面是在椭圆形书房外面的私人卫生间，她与总统有性接触。

1995年12月31日　星期日

莱温斯基小姐证明，新年除夕夜，即1995年12月31日星期日，她与总统见了面，是总统邀请她到椭圆形办公室的。总统抚摸了她的胸部。她说，在椭圆形办公室书房外的厅廊，总统和她有了进一步性接触。

1996年1月7日　星期日

莱温斯基证明，1996年1月7日星期日下午晚些时候，在椭圆形办公室书房外的卫生间，她和总统有了性接触。当时总统给在家中的莱温斯基小姐打电话，邀请她到白宫来。总统和莱温斯基小姐进了卫生间，他用手和嘴抚弄她。在这次会面中，总统

说这次让他来给莱温斯基小姐进行亲密行为，由于生理的原因她制止了。

1996年1月21日　星期日

莱温斯基小姐证明，1996年1月21日星期日下午，总统邀请她到椭圆形办公室，他们进行了性接触。总统抚摸了她。在椭圆形办公室书房外的厅廊，她和总统进行了更进一步的性接触。

1996年2月4日　星期日

莱温斯基小姐证明，1996年2月4日星期日下午，在椭圆形办公室与厅廊间，她与总统进行了性接触。那天，总统给莱温斯基小姐打电话。当时见面时，总统用嘴和手抚摸了她，触摸她的私处。

1996年3月31日　星期日

莱温斯基小姐证明，1996年3月31日星期日下午晚些时候，在椭圆形办公室房外的厅廊，她与总统进行了性接触。是总统打电话邀请她到椭圆形办公室来的。

1996年4月7日　星期日

莱温斯基小姐证明，1996年4月7日星期日复活节那天，她和总统进行了性接触，是在椭圆形办公室书房外的厅廊和书房里。

这是9个多月以来最后一次总统亲自安排的性接触。

1997年2月28日　星期五

莱温斯基小姐证明，1997年2月28日星期五傍晚时分，她与总统再次发生性接触。这次会面是总统让他的秘书贝蒂·柯利打电话邀请她来白宫参加总统的广播讲话的。广播讲话之后，莱温斯基小姐和总统在卫生间旁亲吻，总统抚摸了她。莱温斯基小姐与他有了性接触。那天，莱温斯基小姐穿着海军蓝裙子。经法庭检验，结果显示那条裙子上沾有性接触的污渍。

1997年3月28日　星期六

莱温斯基小姐证明，1997年3月29日下午，她和总统进行了（最后一次）性接触，是在椭圆形办公室书房里，双方有过短暂的性接触。

随后的两次见面：

莱温斯基小姐证明，1997年8月16日上午，在椭圆形办公室书房，她见到了克林顿总统。他们接吻后，莱温斯基小姐隔着他的衣服触摸了他，但他拒绝了她要进行性接触的努力。在这次见面中，没有发生其他的性行为。

1997年12月28日 星期日

总统在琼斯案中作证前三星期，总统与莱温斯基在椭圆形办公室见面。他们讨论了一系列问题，并“充满激情地”接了吻。

她说，“我不认为这是一般性的短暂的接吻”。此次见面中没有任何性接触。

所犯过错可能导致的后果：独立检察官办公室无权决定对总统正式进行弹劾（应由众议院决定）和免职（应由参议院决定），当然，从宪法的角度讲，最终应该是由立法机关来决定。但是，独立检察官办公室有权进行犯罪行为的调查，对犯罪事实在司法领域进行调查和起诉。对于调查中所获得的材料，本办公室依照法律所赋予的权利，有义务提供给国会，以证明“构成弹劾的宪法依据”。本办公室以雇员的责任使本办公室责无旁贷地要求有关部门评判证据的严重性。

白宫的辩驳书（摘要）

控：克林顿在1月17日琼斯性骚扰案宣誓作证中，否认与莱温斯基有“性关系”，犯下伪证行为。

驳：伪证罪的要害为，被指作伪的陈述是“故意地”那样去做，而且与案件直接有关。斯塔尔报告并未证明这两点。再者，

克林顿的证词系根据琼斯案法官阐明之狭义“性关系”定义，因此推断口交不在该定义内是“合理的”。

控：克林顿8月17日向调查他与莱温斯基关系案的大陪审团宣誓作证，仍对“性关系”之事犯下伪证行为。

驳：辩驳同前。“性染”与“性关系”二词“本质上暧昧，在未加定义上使用，不可能构成伪证”。辩驳书援引同意此推论的专家和记者为证。

控：克林顿为琼斯案作证时，说不记得曾与莱温斯基独处，对两人互赠礼物之事也闪烁其辞，犯下伪证行为。

驳：由于询问者未能追究“不完整或无反应的回答”，造成对克林顿证词的误解。其实整体视之，克林顿承认曾与莱温斯基独处，也承认曾与她互赠礼物。

控：关于莱温斯基可能被列为琼斯案的证人，克林顿在1月17日的证词犯了伪证行为。

驳：克林顿承认在开玩笑时说，莱温斯基及“许多女人”有可能在琼斯案中被传去作证，但他不确定当时与她就此事做过明确的讨论。他对这些问题的问答“按字面而言是正确的”。

控：克林顿企图隐藏可作为他与莱温斯基关系之证据的礼物及一封情书，是妨碍司法调查。

驳：首先，对莱温斯基所说她向他提的隐藏礼物建议，克林顿未置可否，因而并不构成妨碍司法调查。其次，克林顿的私人秘书贝蒂·柯利也作证说，是莱温斯基向她要回并隐匿那些证据，克林顿并不知其事。

控：克林顿与莱温斯基合谋串词，共同掩饰两人之间的真实关系，并建议她提出书面作证，以免口头宣誓作证，这是妨碍司法调查。

驳：使用“证词”以掩饰这类关系并非不正常之事，亦非妨碍司法。此外，以书面提供证词是完全合法之事，而且莱温斯基

说过，克林顿拒绝了过目她的书面证词的机会。

控：克林顿协助莱温斯基在纽约找到工作，讨她高兴，缄默并远离调查人员，这是妨碍司法。

驳：斯塔尔报告无任何一处能支持克林顿妨碍司法调查之推论。此外，克林顿协助莱温斯基找工作，毫无过失或违法可言。

控：克林顿与好友乔丹谈过莱温斯基涉入琼斯案之事，但克林顿就谈话之事说谎。

驳：此项指控纯属（斯塔尔）捏造。

控：克林顿在琼斯案中作证后，企图影响其私人秘书柯利的证词。这是以不正当方式干扰潜在证人。

驳：调查克林顿与柯利谈话时，柯利并非任何法律程序之证人。此项指控"显而易见企图将（克林顿的）合法行为加以最负面的推断"。

控：克林顿拒绝作证达 7 个月，并向其高级助手撒谎，明知他们将会对调查人员重复他的说辞。这是企图妨碍司法调查。

驳：这些指控是"刻意歪曲"。莱温斯基事件 1 月份爆发后不久，克林顿公开否认与莱温斯基有性关系，对他的助理也如此说。

控：克林顿 1 月份在他与莱温斯基的关系上，对公众和国会说谎；他承诺将与调查人员充分合作但却拒绝作证，以及宣称享有行政豁免权等，都滥用了他的权利。

驳：这项指控并无证据。已故美国总统尼克松所犯罪行构成滥用权力。"只要描述该项行为，即可明白其与克林顿总统的行为有多大差异"。

（引自林正：《美国说客》，青海人民出版社，1999 年版。）

第八章　程序正义的价值与局限

——辛普森谋杀案

一个总统因为“私生活”不检点及其衍生的一些原因就差一点遭弹劾，可是一位名叫辛普森的球星，其杀人证据可谓是“铁证如山”，经过一年多的调查与审理，最终却被判决无罪释放！

然而，令人十分奇怪的是，虽然大多数美国人都相信辛普森杀了人，但又认为判决辛普森无罪释放是公正的。这是何故？其实，这里所指的公正主要是指程序意义上的公正或正义。本案的审理过程和大部分美国人的感受清楚地告诉我们，程序正义并不等同于实质正义。据报道，当时的审理结果一公布，以种族为界，黑人多是欢呼雀跃，白人大都叹息不已，而辛普森一案的陪审团中8个是黑人，您能说本案的审判结果与此无关？而且，谁能保证辛普森的强大的“梦之队”律师团是在为实体正义而辩护？

因此，本案的启示是：程序的正义并不一定导致实质的正义，只有实体正义和程序正义的统一才能最终走向法治。

一、案情介绍：网球明星涉嫌谋杀妻子

1994年6月12日，洛杉矶市警察接到报警，发现辛普森以前的白人妻子尼科尔和她的一位白人男友被人刺杀于她的住宅门

前。经过现场勘察和分析，警方怀疑凶杀嫌疑犯便是尼科尔的前夫辛普森。从1989年开始，辛普森就经常虐待尼科尔，并曾威胁要杀死她。1992年3月尼科尔与辛普森离婚，但是此后辛普森对尼科尔的骚扰始终没有停止。警方在案发现场找到了与辛普森血型一样的血迹，接着在对辛普森住所进行的搜查中发现了血迹，并找到了一只与案发现场一致的及其他一些与案发现场留下的痕迹相吻合的物证。于是，洛杉矶警察局逮捕了辛普森。1994年8~11月间，洛杉矶高等法院在当地公众中选出了9名黑人，2名白人和1名拉美裔人组成辛普森案陪审团。检方的律师班子由白人女律师、副检察长克拉克挂帅，她曾成功主持起诉过20多宗杀人重罪案，另外助理检察官达顿出任克拉克的副手。辛普森的首席辩护律师由闻名全美的夏皮罗律师担任，由著名律师艾伦·德肖微茨、F·李·贝利、柯克伦等人组成了号称“梦之队”的律师队伍。1995年1月，辛普森案正式开庭审理。在法庭上，双方展开激烈交锋。

检方认为辛普森有作案动机和证据。1977年，辛普森与当时才18岁的尼科尔相识，不久即与妻子离婚，两人开始同居。婚后，辛对尼经常打骂，尼科尔曾多次遭到毒打并被送进医院。警方也多次接到尼的求救电话。辛与尼离婚后，辛继续纠缠她，当发现尼科尔另有新欢不再听从他时，遂起杀心。在谋杀案发生的当日——1994年6月12日晚9点37分，辛与男友吃饭返家后，于10点50分动身离家，后飞往芝加哥。从9点37分至10点50分一个多小时的时间，其朋友再也没有见过辛，而其司机的证词也显示辛在此间并不在其住所里，因此辛普森有足够的时间作案。警方在辛普森的房子外和受害者身边各找到一只手套，据DNA（脱氧核糖核酸）检验，上面有两位受害人的血、毛发和衣物纤维以及辛的福特车内的毯子上的纤维。此外，辛的车上、戈德曼身边的海军帽上、辛卧室的一双袜子上，都有受害人

与辛的血迹。辛左手指关节之伤很可能是作案时砍伤的等等，这些构成了辛普森作案的罪证。

对此，辩方给予了有力的反驳。辩方律师认为，辛普森对尼科尔虽然有过不当行为，但并不能因此推断辛杀人。从案发现场看，凶手和被害者曾进行了长时间的搏斗。辛当年打球受伤，身体欠佳，不可能在前后不足 1 小时内连杀两人，并返回家中清洗血污，然后神色镇定登机前往芝加哥。有人证明案发时辛的白色福特车停在辛宅未动，这些表明辛在案发时间内不在现场。辩方指出检方出示的证据令人怀疑。用于检验的血样可能受到污染。警方进入辛宅搜查的录像表明卧室床上并无血袜，但后来做记录时却有了。而血手套很有可能是警探福尔曼自己放置在现场和辛普森家中的。而犯罪现场的一串脚印，既不是受害人的，也不是辛普森的，这就表明凶手另有其人，而恰恰被遗漏了。

辛普森案经过一年多的审理。检方自始至终缺少谋杀的现场证明人，也未能找到谋杀的凶器。检方所列的作案时间表不能服人，许多问题难以解释。最重要的是检方的血迹证据也出了问题。辛普森案陪审团在分析了 113 位证人的 1105 份证词后作出了裁决。1995 年 10 月 3 日上午法庭正式宣布辛普森无罪。

二、本案处理中的公正与不公正

辛普森案的审理引起了世人的广泛关注，特别是辛普森的无罪判决在令人震惊之余，也使人们思考现代法制体系的有效性问题。据说，大部分的美国人都相信辛普森杀了人，但是又认为辛普森无罪释放是公正的。这是不是很矛盾呢？其实，这里所指的公正主要是一种程序公正或程序正义。而它们在诉讼法中的体现就是正当程序原则。但如果我们用完整的正义标准，即程序正义

与实体正义相统一的标准来衡量的话，本案的处理既有它的公正性，亦有它的不公正性。

（一）正当程序原则在本案中的体现

辛普森案审理整个过程都体现了正当程序的原则。这里仅就其中的主要程序作一个说明。

一是本案的陪审团的组成中体现的正当程序原则。陪审制度是英美法中一个独具特色的制度。在英国，陪审制度早在中世纪就已确立。但由于陪审制度自身的弊端，英国自 1848 年起就废除了大陪审团，陪审制度因此而逐渐衰落。然而，这种制度被英国的移民带到北美殖民地后，各殖民地把它作为抵制英国殖民当局司法干预和维护正义的重要武器。可能正是由于这样的历史原因，美国人对它是情有独钟。因此，陪审制度在它的发源地英国虽然已经日趋式微，可在美国却一直盛行不衰。陪审团的职责是十分重要的。在法律规定的应实行陪审团审裁的案件中，陪审团在法院的主持和指导下，享有独立参与法庭审理并作出裁决的权力。法院只有在陪审团作出裁决之后才能行使判决权，而且判决的性质必须与裁决的性质保持一致。这也就是说，陪审团如果裁决有罪，法官才能作出有罪判决；否则，即使法官同意，也不能作出有罪判决。按照美国的法律规定，联邦法院的陪审团一般由 12 名成员组成，各州陪审团的名额则由各州的法律规定。为了保证裁决的公正性，选择陪审团成员的程序是十分复杂的。以本案为例。第一步是抽取候选人。法院书记从洛杉矶市纳税人、选举人、车辆驾驶人的总名单内随机选出了第一批 900 名候选人。其种族分布比率大致与市民的种族分布比率相同：37.9% 为白人，28.1% 为黑人，17% 为中南美洲人，17% 为亚裔和印第安人。第二步是对他们进行问卷调查，确定面试对象。法院向抽出的 900 人每人发了一份长达 80 页，由 294 个问题组成的问卷。内容包括工作经历、对种族问题的理解、对犯罪受害人和对辛普

森的了解与个人感情等等。通过问卷调查，法院认为其中有 304 人符合陪审员标准，并邀请他们在规定的时间内前往法院面试。第二步是通过面试确定陪审团的正式人选和候补人员。在本案中，陪审团成员的构成，特别是种族构成对裁决的结果必然会产生一定的影响，因此面试对于控辩双方都是一个十分重要的程序，所以双方都力图排除对自己不利的人选。双方律师经过 21 天的"拉锯战"，辩方拒绝了无数被认为对己不利的面试人，最后终于选出了 12 位正式人选与 2 位候补。在 12 位正式人选中，8 人为黑人，2 人为中南美洲人，1 人为印安第人，只有 1 人为白人。为了保证陪审团的公正裁决，法院还要对他们进行适当的"培训"，这种"培训"主要有两大内容：一是由于陪审团的成员均为法律外行，所以审案法官必须向他们解释法律术语、刑事诉讼程序、州刑法有关条文，这就是所谓的"法官指示"。二是向陪审团宣布纪律：不得通过庭审以外的任何渠道获得与本案有关的事实、消息、意见；不得与任何人讨论证据与事实，只能在评议时与其他陪审员一起讨论；不得离开指定住所，等等。

二是证据规则中体现的正当程序原则。俗话说"证据是诉讼之王"，但并不是所有的证据法庭都具有可采性。按照美国的法律规定，不仅要求提供证据的主体、证据的种类与来源是合法的，而且要求收集证据的程序和手段都必须是合法的，否则，即使证据是客观真实的，也不能作为定罪量刑的依据而予以排除。这就是所谓的"毒树之果"理论（the doctrine of fruits of poisionous tree）。而在本案中，警方在案发后的一些行为并没有严格执行法律规定的程序，因此其证据的合法性就受到了律师的质疑。其一，6 月 13 日清晨，福尔曼等 4 位刑警发现辛普森门前的白色福特野马型越野车的车门把手上有血迹，他们担心住宅内的人有生命危险，便决定进入住宅，进行紧急搜查，这一搜查完全可以在获得书面或者至少是口头允许的情况下进行，而他们没

有；其二，警官们进入住宅后，一旦发现辛普森及其家人没有生命危险，就应停止搜查。只有当与法官取得联系，申请到搜查许可证后，才能对辛普森住宅进行合法搜查。但在没有面临迫在眉睫的危险和非紧急情况下，福尔曼警官迫不及待地在辛普森宅内继续搜查，结果铸成了警方在此案中的又一个重大失误。因此在预审时，辩方指控4位白人警官主观武断，早在案发之初，就已把辛普森内定为主要嫌犯，然后故意寻找借口，闯入民宅非法搜查。这样，假如法官判决警方违宪，那么适用“排除规则”（Exclusionary Rule），搜获的血迹和血手套都会成为“压下不用的证据”。不过，法官在听取警方的辩解后，裁决搜查行为合法。这曾给辩方造成了一定的压力。

但是，这并不等于控方就可以取得最后的胜利。因为在英美法系国家审理刑事案件时，采用的证明标准是“排除合理怀疑”。这也就是说，检方指控被告有罪，一定要提出确凿可信的证据来证明被告的罪行。任何证据都会存在某种疑点，但陪审团只有在确信证据已达到“排除合理怀疑”的标准时，才能认定被告有罪。因此，在刑事审判中，某些证据虽然被法庭采信了，但并不一定就能够给犯罪嫌疑人定罪。在本案的庭辩期间，检方虽然提出了辛普森与尼科尔的关系可以表明其有杀人的动机，有科学手段（DNA测定）可以证明辛普森曾到过凶杀现场，且辛普森的失踪时间与发案时间大致吻合等有力的证据，但是辩方律师柯克伦大打种族牌，在对黑人占绝大多数的陪审团面前，反复引用福尔曼警官的种族主义漫骂和攻击，并且引用一封电视观众的来信说，这种种族主义者一定可以干出栽赃证据的勾当。辩方的另一位律师舍克则重点攻击了警察局技术人员在搜集证据时的马虎，强调证据是如何被污染而不可靠。他们二人将这两张王牌打出并发挥得淋漓尽致，最后以15个问题结束陈述。虽然这些问题没有一个能证明辛普森无罪，但在黑人占大多数的陪审团中间，它

们已足够能使人相信，检察方的证据没有达到无可置疑的标准。最后，陪审团经过 4 个小时的审议，作出了辛普森无罪的裁决（此裁决当天并未宣布，而是等到第二天上午才予宣布）。

（二）影响正当程序的“不正当”因素

辛普森是否真的杀了人？法庭进行了判决。但是多数人仍然认为辛普森就是作案的凶手。假如这一事实成立，那么引人思考的问题是：一个几乎靠常识都可以辨别出来的犯罪事实，而经法庭审理程序，会否反而导致对于犯罪的否定而使罪犯逍遥法外？综观辛普森案的审理，一切都严格依照法律程序执行，而且可以说是模范执行了正当程序的原则。但是，我们看到，形式的正义并不一定导致实质的正义，相反，看似完美的程序原则也可能给投机取巧者提供机会，成为庇护犯罪的合法掩饰。在形式法治之下，一个倾向就是法律日益成为法界精英牟取行业利益的“霸权话语”和“神秘技巧”，一般平民百姓被阻隔在司法形式和话语之外，而诉讼程序的高度技巧性，又为社会强势阶层通过“正当程序”来欺凌弱小、逃避制裁披上合法外衣。同时，文化、价值观念以及各集团、阶层利益的冲突，也通过司法诉讼的斗争，在正当程序的掩饰下曲折地展示出来。下面谈谈本案与此相关的三个问题：

（1）诉讼技巧

辛普森案的辩方律师，大都来自哈佛法学院，经办过许多大案，具有丰富的诉讼辩护技巧。辩方律师约翰尼·柯克伦毕业于哈佛法学院，曾在托德·布里斯奇谋杀案中令被告无罪开释，也打赢过著名歌星迈克尔·杰克逊性骚扰一案。他辩技高超，《洛杉矶时报》称：“即使约翰尼告诉陪审团一只火鸡能拉动一列满载货物的火车，他们也会为他找条绳子”，后来他荣获 1995 年度“最佳辩护律师奖”。辩方律师抓住了警方的失误，对于警方现场勘察、非法搜查和获取血样等环节的程序错误和工作不当进行抨

击。在本案中，辩方集中攻击了检方使用的两个证据：血迹和带血的手套。

血迹化验和DNA检验的结果的权威性是法庭认可的。刑事检验结果表明，所有疑点都聚集在辛普森一人身上。凶杀现场两处发现辛普森的血迹；现场提取的毛发与辛普森的头发相同；警方在现场和辛普森住宅发现的血手套是同一副，两只手套上都有被害人和被告的血迹；在辛普森住宅门前小道、二楼卧室的袜子和白色野马车中，都发现了辛普森和被害人的血迹。按理，可以说检方铁据如山。但是，如果血迹受到污染、不当处理、草率采集或有人故意栽赃，那么它的可信度则大打折扣。辩方阵营认为，这些“血证”疑点极多：袜子上的血迹很有可能是被人涂抹上去的。而且血迹中含有浓度很高的防腐剂（EDTA）。辩方律师认为警方在抽取辛普森的血样之后，在血样中添加了这种防腐剂，将导致检测结果的误差。从现场勘查报告看，身高体壮的戈德曼曾与凶犯展开了很激烈的搏斗。戈德曼因颈部静脉断裂和胸腹腔大出血致死，凶犯浑身上下肯定也沾满了血迹。可是，为什么在白色野马车上只发现了微量血迹？为什么在其经过的小道及住宅内没发现任何血迹？按照正常程序，在采集血迹样本进行DNA分析时，应当先用棉花沾起血迹样本，待自然风干之后，才能放入证据袋中。可是，警方检验人员在血迹尚未风干时，就已将样本放入证据袋。据此，辩方律师指责警署洛杉矶的刑事化验室证据样本处理不当，所以检验结果令人生疑。

福尔曼在辛普森住宅客房后面搜获的黑色血手套是重要证据。福尔曼称当他发现血手套时，其外表的血迹是湿的。辩方专家认为，这是绝对不可能的。凶案大约发生7小时后，手套上沾染的血迹肯定已经干了。福尔曼为何一口咬定是湿的呢？就是福尔曼来到凶杀案现场后，悄悄地把血迹未干的手套放入了随身携带的警用证据保护袋之中，然后进入辛普森住宅伪造证据。这

样，尽管时间跨度很长，但血迹仍然是湿的。手套的外表没有任何破裂或刀痕，在手套里面也没发现辛普森的血迹。而且在法庭辛普森试戴手套，很难穿上，显示手套号码小于辛普森手的大小。这些都对手套的证据打了问号。

不仅如此，辩方还通过十分周密的整体辩护设计和对“明星”证人福尔曼警官的十分精彩的质询，赢得了主动。由于辛普森是一个黑人，因此在挑选陪审团人选时，辩方律师尽最大的努力将更多的白人排除了，而保证了黑人在陪审团占绝大多数。在此基础上，他们又紧紧抓住控方的关键证人福尔曼警官不放，几乎是一步步地诱使他将其种族倾向在法庭上表述出来，从而把他塑造成一个栽赃陷害、种族歧视、素质低劣的警察。有人证明，在 1985 到 1986 年期间，福尔曼曾扬言，如果他在街上发现一个黑人男性和一位白人女性同在一车，他就拉响警笛，勒令停车。假如没有勒令停车的理由，他也会凭空捏造。他甚至狂言，希望看到所有“黑鬼”聚成一堆，用一把火烧死或用炸弹炸死。但是，福尔曼本人坚决否认火烧“黑鬼”的指控。于是，辩方质问他在过去 10 年中是否使用过“黑鬼”这种侮辱性词汇，而福尔曼起初否认，后来又不得不承认。美国联邦和加州的证据法和判例都规定，如果出庭证人的品格被证明有缺陷，则证人呈庭的某些证词就不具有法律效力。在法庭宣誓之后，如果一位证人在一部分证词中故意撒谎，那么，陪审团可以将这位证人的其他证词也视为谎言。因此，通过对福尔曼的质询，也就推翻了这位“明星证人”提供的所有证据，这实际上是辛普森案辩方胜诉的关键一役。

可以看到，辩方通过娴熟的技巧和出色的口才，充分利用诉讼程序，抓住了对方漏洞，瓦解了检方指控，赢得了成功。

（2）职业利益

律师是一个庞大的职业队伍，这一阶层有着自身的职业利

益。客观地讲，每个当事人都想他们的律师帮他们打赢官司。而律师个人的经济利益与他们能否为当事人争取最大的利益是密切相关的。从职业的利益出发，律师把胜诉看作最高目标。因此，在利益和正义的天平上，往往是倒向利益的一边。正如艾伦·德肖微茨所说："胜利是大部分刑事诉讼当事人的惟一目的，就像职业运动员一样。刑事被告还有他们的律师当然不需要什么正义，他们要的是开释或者是尽可能短的刑期。"① 而在正当程序的条件下，只要程序合法，或者能回避法律的制裁，无疑可以利用任何技术性手段来辩护。法庭就是律师的战场，兵法也就是战法，关键要赢得陪审团的肯定。因此，在程序正义的前提下，实质的正义被贬低和忽视，利益的追逐取代了正义的坚持。从辛普森案看，一流的律师仅仅是技巧的高手而已，他们从职业利益和原则出发，而对于真正的事实和正义缺少关注，绞尽脑汁想的都是如何为被告开脱罪责，当然，他们最终获胜。而代价只能是罪犯的逃脱和正义的失落。杀人疑犯辛普森无罪开释，而警官福尔曼仅仅因为在法庭上撒谎被起诉，后来被判了3年监禁。

辛普森花费巨资来聘请律师队伍，组成有史以来最为强大的律师阵营"哈佛梦之队"。据行家估算，维持这个"哈佛梦之队"正常运作的全部开销，至少应在600万美元。这个世纪大案开场后，面对辩方的豪华阵容，检方派出了最具实力的检察官出场应战。洛杉矶市副检察长担任主将，洛杉矶市检察长坐镇幕后指挥，先后调集了50余名久经沙场、经验丰富的检察官和刑事律师参加案情分析和起诉准备。联邦调查局以及洛杉矶和芝加哥警方调遣了数百名刑警和刑事检验专家参与破案和现场勘查。据估算，检方至少破费了纳税人800多万美元巨款。同样可以理解的是，对于检方来说，如果不能认定辛普森的杀人事实，必然是在

① 艾伦·德肖微茨著，唐交东译：《最好的辩护》，第5页，法律出版社，1994年版。

世人面前丢丑，极大地影响了其形象和声誉。

试想一下，如果是辛普森是一个穷困的黑人，他无法支付高额的律师费用，那么，还会有那些一流的律师为他倾力辩护吗？那他的结果又将会是什么呢？正是高额回报——金钱、名誉，那些律师的职业利益，还有其他各方的个人利益和本位利益的潜在力量，对于实质的正义构成了威胁，这是我们不得不注意到的司法暗流和趋向。

（3）种族因素

美国司法制度的一个特点是陪审团最终裁定案件。而陪审团人选的不同组成，从而使陪审团这个集体的特点和观念出现不同的情形，对于案件的判定将产生一定的影响。辛普森案的 12 名陪审员中，有 9 名是黑人，那么以黑人为主的陪审团是否是导致裁定辛普森无罪的重要原因呢？

20 世纪 70 年代以来，美国以黑人为主的少数种族在法律上的被歧视已基本消除，但是美国社会中社会种族歧视的观念依然根深蒂固。黑人的整体经济和社会地位与白人主流社会仍然有很大差距。虽然一部分黑人已被纳入主流生活，进入了社会中层甚至上层，但是下层黑人对现状不满的情绪仍然激烈，黑人民权运动仍然具有较大的社会基础。与之相反，部分白人则认为政府对黑人的照顾已经太多。在白人与黑人的矛盾之外，随着拉美裔和亚裔人口的增加，黑人、拉美裔和亚裔等少数种族之间的矛盾也日益突出，种族歧视和种族冲突是长期困扰美国社会的难题。辛案涉及黑人明星、黑白关系等因素，所以具有高度种族敏感性。辛普森的律师团一直在利用这种种族对立来牟取好处。

在美国的司法史上，因种族歧视问题而影响判决的情形并不少见。1991 年，也就在洛杉矶，4 名白人警察把一名黑人司机殴打至重伤。这过程恰巧被一名加拿大旅游者用摄像机拍摄下来，在当地电视台上播放。这件案子开庭审理时，被告的律师以在黑

人聚居区开庭可能导致对被告不利的审判为由，要求改到白人居住区审判，结果全部由白种人组成的陪审团却宣告4名警察无罪。此事直接导致了洛杉矶发生了黑人暴乱的严重事件。往事如在眼前，在这样的背景下，作为辛普森案的黑人陪审团，是否暗地里有种族观念来引导，当是可以考虑的因素。

当然也有人反对说，陪审团里9名黑人中，有8名女性，而黑人女性最讨厌那种发财就抛弃黑人老婆找白人女子的男人，这种人无疑是对黑人妇女尊严的一种侮辱。而辛普森是有名的“花花公子”，自从他出名后，就甩掉黑人发妻，找了漂亮年轻的白人小妞。而且，辛普森性格粗暴，虐待妻子的恶行也不会获取这些妇女的好感。因此，陪审团并不利于辛普森。这一理由当然也可以考虑，但是，这样一个民众瞩目的大案，而就在种族问题十分敏感的洛杉矶市，恐怕种族的大背景毕竟要在观念上有更深的影响。

种族因素，是影响美国社会的一个不可小看的力量。它对实质正义以及整个法制系统都有极其深刻的影响。

三、法理反思：程序正义的价值与局限

正当程序乃是追求程序正义的必然结果，因此它与正义观念的形成和发展是分不开的。

正义，作为人类法律制度最基本的价值，一般有两种表现形式，即实体正义和程序正义。前者主要体现在实体法之中，贯彻于司法裁判的结论上面，它不仅是当事人维护其合法权益的依据，而且是对法官审判的一种实体性道德限制。程序正义则主要体现于法律程序的设计以及司法裁判的过程之中，它是一种明确、具体且可操作的程序，是对法官和当事人的一种形式性道德

约束，属于“看得见的正义”。

“正义”一词的起源最早可以追溯到柏拉图和亚里士多德的有关著述。后来，斯多噶派的自然法思想进一步发展了正义观，从而奠定了自然正义论的理论基础。到了古罗马和中世纪时期，自然正义作为一项程序公正的标准，已成为自然法、万民法和神判法的基本内容。而中世纪的神权法学则将正义等同于上帝理性，认为只有符合永恒法的人定法才是正义的。他们虽然对正义做出了各种不同的解释，但基本上都属于实体正义的范畴。如柏拉图在《理想国》讨论正义时，强调的是“适当”的观念。他认为，讲真话，有债必偿；以善待友，以恶对敌等等都是正义的行为。亚里士多德则提出了诸如分配正义、纠正正义、政治正义、自然正义和法律正义等许多正义概念。罗马法学家查士丁尼主持编纂的《法学概论》则认为“正义是使每个人各得其所，坚定的和永恒的意图。”……毫无疑问，这一切都是实体意义上的正义。

自柏拉图和亚里士多德开始，自然法学派关于实体正义的论著可谓汗牛充栋，但是如何实现实体正义，包括法律的实体正义，仍然是一个悬而未决的问题，因此一部分人必然要另寻出路，即从程序上去寻找正义。而英国创立的普通法所主张的“自然正义”就是这种程序意义上的正义。这一意义上的“自然正义”有两项基本要求：（1）任何人不得做自己案件的法官；（2）应当听取双方当事人的意见。这两项要求与审判程序公正密切相关，可以说是当时对审判程序公正的基本要求。因而在近现代，审判程序公正通常又表述为“正当法律程序”（due process of law）或者“正当程序”（due process）。1215 年的《英国自由大宪章》虽然没有明确提出“正当程序”的概念，但其第 39 条规定，即“任何自由人，如未经其同级贵族之依法裁判，或经国法判决，皆不得被逮捕、监禁，没收财产，剥夺法律保护权，流放，或加以任何其他损害。”这无疑是一种正当程序。

正当程序的原则最早虽然是在英国确立的，但它的进一步发展却在美国。美国不仅确立了正当程序原则，而且把它变成可以操作的一系列的正当法律程序。如1791年美国宪法修正案第4条规定："人民有保护其身体、住所、文件与财产的权利，不受无理搜查与扣押，此为不可侵犯的权利。除有可能的理由，以宣誓或郑重声明确保，并详载指定搜查的地点、拘捕之人或押收之物外，不得颁发搜查证、拘捕证或扣押证。"第5条规定："非经大陪审团提出公诉，人民不受死罪或不名誉罪的宣告，……受同一犯罪处分的，不得令其受两次生命或身体上的危险。在任何刑事案件中不得强迫任何人自证其罪，未经正当法律手续不得剥夺任何人的生命、自由或财产；凡私有财产，非有相当赔偿，不得占为公有。"第6条规定："在一切刑事诉讼中，被告人可享受下列权利：由发生罪之州或区域的公正陪审团予以迅速的公正审判，该区域应该法律预先确定；取得关于告发事件之性质与理由的通知；准予与对方的证人对质；应以强制手续取得对于本人有利的证据，并享有法庭律师为其辩护的协助。"1788年的美国宪法修正案第14条还对各州也提出了与上述宪法修正案第5条相同的要求，从而将其效力扩大至各州的诉讼。

正当程序原则的确立主要基于以下三个方面的原因：

一是基于人性恶的人性论基础而主张对国家官员的权力运用进行一定的限制。有一句话说得好：所有的法治都会遇上人治的困惑，因为不论立法还是司法都是由人来操作的。在现实的法律实践中，要想把司法变成"自动售货机"（将案情投进司法这台机器后，判决结果就像自动售货机把货物吐出一样）是不可能的。在西方的文化传统中，人们倾向于认为世界上并不存在完人，人性本质上是恶的，因此谁也不能保证掌握司法权的警察、法官等不滥用权力，这就必然要求设计一种合理的程序对权力的运用作出限制。

二是英美国家的个人主义理念要求对公民的权利予以充分的保护。在英美法系的刑事诉讼中，法官、检察官、辩护律师是最核心的人物，他们形成一种“等腰三角形”的刑诉模式。其中法官居中裁判，不得偏向任何一方，相当于一个等腰三角形的顶点；检察官与辩护律师相互对抗，相当于等腰三角形两个底角的顶点。很显然，检察官与被告及其辩护律师的对抗实质上代表着国家与个人的对抗关系。与代表国家、可以动用国家财政和国家强制力的检察方相比，个人的力量无疑是十分弱小的。为了充分保障公民个人的权利，英美法系的刑事诉讼法规定了一系列保障公民个人权利，特别是保护犯罪嫌疑人权利的原则和制度，如“无罪推定”原则、“排除合理怀疑”的原则等等。这些原则体现得更多的是“个人至上”，而不是国家至上的理念。所以，在美国刑事诉讼中，常常会出现相信个人（权利）更甚于国家（权力）的情况。比如，当年里根被刺案的审理就是一个十分典型的例子。在审判时，政府提供的精神病专家的鉴定证明刺杀里根总统的欣利克开枪时精神是正常的，被告方的精神病专家证明他当时的精神是不正常的，而陪审团最后作出了欣利克开枪时精神不正常的裁决。其所以如此，一个十分重要的原因就是被告一方相对于强大的国家侦查机关是那么的弱小，为了保证司法的公平性，无论是实体上还是程序上就更需要向弱者倾斜。

三是对程序的独立价值的发现。在传统的理论中，程序是没有独立价值的，它只有依附于实体才有意义。但是，随着法治实践和理论的发展，人们逐渐认识到程序也有其独立的价值，这主要体现在以下两个方面：一是实体上的公正是无法准确把握的，而程序上的公正是可以“看得见的”，因此诉讼程序在一定条件下可以弥补实体法的不足；二是公正的诉讼程序，可以增强诉讼的理性形象，有利于民主、平等、法治等理念的传播，使判决更容易得到公众的认可和尊重。对于程序的独立价值，我们可以用

分蛋糕的比方来说明问题。分蛋糕可以有不同的方式，我们假设第一种方式是分蛋糕的人将蛋糕分成大小比较均匀的若干块之后，随即自己挑了一块较小的，剩下的再由其他人去挑选；另一种方式则是分蛋糕的人将蛋糕分成大小比较均匀的若干块之后，先由其他人挑选，而自己取剩下的一块。在第一种情况下，人们很容易怀疑分蛋糕者有私心、不公平；而在第二种情况下，即使剩下的一块是最大的，人们也没有任何理由怀疑分蛋糕者的公正。在现实生活中，要想把蛋糕分成大小绝对一样的若干块是根本不可能的，但通过一定的方式同样可以体现出公平，从而可以弥补实际分配不均的不足，这就是分蛋糕的方式的独立价值。而在刑事诉讼中，就是正当诉讼程序的独立价值。

程序正义理论的形成和发展，以及程序正义原则的确立有着十分重要的意义。从理论上讲，它不仅大大丰富了正义概念的含义，而且提出了如何实现实体正义的途径和方法。如前所述，传统的正义观实质上是一种实体正义观，而由于程序正义的独立价值的发现，人类第一次将正义分成了实体正义和程序正义，这无疑是正义理论的一大突破。而且，传统的正义观没有制度的保障，往往给人一种“纸上谈兵”的感觉，而程序正义理论的形成，为人类提出了如何实现和保障实体正义的途径和方法。从实践上讲，程序正义原则是实现法治的重要保障。简单地讲，法治就是“法律的统治”；严格地讲，法治则应当是“正当法律的统治”。而正当的法律既指实体上正当的法律，也指程序上正当的法律。为了保护国家、集体和公民的合法权益，国家制定了一系列实体性的法律，规定侵害者承担相应的刑事责任、民事责任、行政责任等等。但是，为了防止国家权力被滥用，就必须把它纳入到正当程序的轨道上来，使国家每一项权力的行使都具有正当、合理的基础。即使是刑事诉讼中的国家与个人的对抗，也应当如此。

正因为如此，美国最高法院大法官道格拉斯（William O. Douglas，任期 1939—1975 年）曾经精辟地指出："权利法案的绝大部分条款都与程序有关，这绝非毫无意义。正是程序决定了法治与随心所欲或反复无常的人治之间的大部分差异。坚定地遵守严格的法律程序，是我们赖以实现法律面前人人平等的主要保证。"通过辛普森一案，我们也可以清楚地看到，美国司法制度对程序公正和确凿证据的重视程度，远远超过了寻求案情真相和把罪犯绳之于法。实际上，整个美国宪法和司法制度的核心，就在于限制权力和司法的滥用，保障公民权利和遵循正当程序。也许有人会说，注重程序公正并不会必然导致实质的公正。在很多情况下，从实质正义的角度来看，采用一些果断措施，比如抄家搜查等等，反而更有助于及时破案、伸张正义。有人曾假设，要是在中国，10 个辛普森都被枪毙了。那么是否要否认现行程序公正的原则呢？对于美国人的思维来说，程序公正大于实质的公正，因为程序的公正避免了国家机器权力的滥用。美国最高法院大法官霍姆斯（Oliver Wendell Holmes，Jr.，任期 1902—1932 年）认为："罪犯逃脱法网与政府的卑鄙非法行为相比，罪孽要小得多。"这一思想正是美国制度设计理念的核心，所谓"两害相权取其轻"。

与英美法法系对程序的重视相比，中国传统的法律理念和制度都是重实体轻程序的。对实体正义的追求是法治的内在要求，但是如果没有正当的程序，将实体正义的实现寄托在"哲学王"身上，或者少数"大德大贤"之人的身上，实体正义也是靠不住的。在这方面，很多社会主义国家的教训都是十分深刻的。如在前苏联的大清洗中，从逮捕、审判、监禁、判决到执行的全部司法程序都由内务部一手操办。他们可以把被告打成机会主义分子、反革命分子、特务间谍分子而定罪量刑；有权秘密逮捕从普通公民到党组织的领导人直至中央委员；有权使用"特别程序"

办案；有权刑讯逼供、使用肉刑，而且把被告人的口供作为定罪的主要依据；秘密审判，不允许上诉，动辄判处死刑。在我国的“文化大革命”期间，在“彻底砸烂公检法”的口号下，检察机关被取消，各种所谓的“革命群众组织”，擅自行使侦察、控告、审讯、判决、监禁、行刑等权力，他们对上至国家主席下至普通百姓任意进行“抄家”、“逮捕”、“审讯”、“批斗”，使大批干部和群众遭受迫害，制造了大量的冤假错案。后来，邓小平总结这段历史的教训时曾说：“制度好可以使坏人无法任意横行，制度不好可以使好人无法充分做好事，甚至会走向反面。”[①] 邓小平这里所说的制度虽然主要指党和国家的民主制度，但对于程序法律制度同样是适用的。自党的十一届三中全会之后，社会主义法制建设被提上了议事日程，我国的法制建设取得了巨大成就。就程序法而言，我们从原来的无程序到有程序（新中国到 1979 年才正式颁布了刑事诉讼法，这也是新中国历史上的第一部诉讼法），从刑事程序法到民事程序法、行政程序法，从一般程序到公正程序（现行的三大诉讼法较过去的诉讼法有了很大的进步，更多地体现了程序公正的原则）。总而言之，程序正义在当代中国得到了前所未有的重视。但是，由于传统观念的影响，以及对实体法与程序法两者关系的片面理解，程序立法的不完备、已有程序得不到很好的遵循等问题还大量存在。因此，完善程序，追求程序正义应当成为我国社会主义法制建设进程中的一项重要任务和目标。

当然，我们应当避免从一个极端走向另一个极端。单纯追求实体正义不能得到现实的正义，同样地，片面地追求程序正义，也可能会伤害实体正义。在刑事诉讼中，一味强调公正，常常会出现忽视寻求案情真相、放纵涉嫌罪犯的弊端。辛普森之所以被

---

① 《邓小平文选》第 2 卷，第 293 页。

无罪开释，就是由于其律师团充分利用检方和警方的失误，充分利用现有的法律、判例和刑事诉讼程序，合法地挑战检方呈庭证据和警方证人的种种疑点，从而成功地为被告开脱了罪名。极具讽刺意味的是，辛普森虽然在刑庭上被宣布无罪释放，但在其后的民事诉讼中却被判赔偿一大笔美元。这虽然是由刑事诉讼和民事诉讼的证明标准不同造成的，但是与另一部分人企图校正刑事诉讼程序造成的实体不正义的意图不无关系。因此，从美国这一世纪大案中，我们感受到的应当不仅仅是程序正义的重要性，而应是程序与实质的双重重要性。当然，程序与实质是既矛盾又统一的关系，因此如何解决它们之间的冲突，怎样才能实现两者的统一，是不可能一下子就能够彻底解决的。我们甚至可以断言，实体正义和程序正义的统一问题，不仅在现在而且在今后的一个漫长的历史时期中，都将是我们甚至整个人类都必须面临和思考的一个重大课题。

四、案例资料选编：法庭辩论节选等[1]

人物简介

辛普森（O. J. Simpson）：47 岁，生于旧金山市康涅狄格大街的黑人贫困家庭。从小喜爱橄榄球。高中时当上了学校橄榄球队的主力队员。1968 年，获得全美大学橄榄球联赛的最高荣誉奖——海斯曼奖。1969 年，加入纽约水牛城鹰嘴队（Buffalo Bills），后转入旧金山淘金者队（San Francisco 49ers），创造过一

① 本资料由作者译自公开的案例记录原文。

个赛季带球冲刺2003码的惊人记录。他担任职业橄榄球跑锋11年，被誉为橄榄球职业比赛史上的最佳跑锋。退出体坛后，辛普森又投身影视和广告业，在电影《裸枪》（Naked Gun）和《杀手势力》（Killer Force）中扮演主角；在美国广播公司（ABC）和国家广播公司（NBC）担任体育评论员；在美国最大的出租车公司赫兹（Hezz）担任形象大使。另外，他还为佛罗里达一家饮料公司拍摄橙汁的促销广告。1977年，辛普森与一家夜总会的白人女侍者尼科尔（Nicole Brown）相识。1979年，辛普森与第一任黑人妻子离婚，开始与尼科尔同居。1985年辛普森与尼科尔结婚，1992年两人离婚。

罗伯特·L·夏皮罗（Robert Shapiro）：首席律师，犹太裔，51岁，哈佛法学博士，曾出任好莱坞影星马龙·白兰度（Marlon Brando）的律师。

艾伦·德肖微茨（Alan Dershowitz）：56岁，哈佛大学法学院终身教授，曾任最高法院大法官哥德伯格（Arthur J. Goldberg，1962—1965年任职）的法律助理，美国宪法权威和上诉律师。

F·李·贝利（Lee Bailey）：61岁，哈佛法学博士，著名律师。

杰拉尔德·厄尔曼（Gerald Uelmen）：59岁，哈佛医学硕士，法医学专家。加州大学圣塔·克拉拉校区法学院院长，曾为“五角大楼文件泄密案”（New York Times Co. v. United States，1971年）的主角艾尔斯伯格（Daniel Ellsberg）担任过辩护律师。

约翰尼·柯克伦（Johnnie Cochran）：55岁，黑人律师，在20世纪70年代出任过洛杉矶市副检察长，曾担任摇滚乐巨星迈克尔·杰克逊（Michael Jackson）的律师。

李昌钰（Henry Lee）：55岁，纽约大学生物化学博士，华裔法医学专家，康涅狄格州警厅刑事化验室主任兼首席鉴定专家。

法庭辩论节选

1995年3月15日贝利律师交叉质询福尔曼探长

法庭：好。福尔曼探长将在证人席接受贝利先生的交叉质询。早上好，探长。

福尔曼先生：早上好，法官阁下。

法庭：我提醒你仍然是在宣誓下作证。

福尔曼先生：是的。

法庭：贝利先生，你可以再继续询问。

贝利先生：谢谢你，法官阁下。

交叉质询（继续开始）

贝利先生：福尔曼探长，昨天你告诉我们，在以前某个时间，你和你所说的其他律师呆在大陪审团厅里。你能够回忆出任何昨天你叫不出名字的出席那次活动的其他人的身份？

福尔曼先生：不能。

贝利先生：好。那么我理解就是你对于他们是谁无关紧要。

福尔曼先生：是的，我是。

贝利先生：这次是否可以说是，仅此一次你在一个模拟的法庭构成的情况下被询问？

福尔曼先生：是的，先生。

贝利先生：你今年另外有多少次交谈，我的意思是今年所有的关于即将进行的陈辞和达顿先生、克拉克女士、刘易斯女士或其他检察官的交谈？

福尔曼先生：有几次。对于数字的记忆方面我有困难。

贝利先生：那我们对于“几次”这个词的理解也有同样的困难，不是吗？如果你能用数字说明，可能会对我们的理解更有帮助。就此案你是否有至少10次与检方不同的访谈，包括在大陪

审团厅里的那一次？

福尔曼先生： 次数可能较多。但是，没有你说的那么多。如果说 8 次可能合适点。

贝利先生： 你认为 8 次会是准确些？

福尔曼先生： 是的。

贝利先生： 好。现在，你告诉我们，此次与三个律师开庭的主题是凯瑟琳·贝尔的问题？

福尔曼先生： 是的。

贝利先生： 那就是这次模拟的交叉质询的惟一目的？

福尔曼先生： 据我所知如此。

贝利先生： 好。你能理解这种询问的目的，就是要减少对于你所谓你从来没有使用过的评论的关注吗？询问的设计方式是什么？你能给我们解释吗？

福尔曼先生： 不，我不能。

贝利先生： 你不能？

福尔曼先生： 是的。

贝利先生： 好，你是否被告知你将被带入那个法庭？

福尔曼先生： 是的，是要接受交叉质询型的提问。

贝利先生： 对。但是我确信你所知道的比这还要更加清楚明白，不是吗？

福尔曼先生： 是关于凯瑟琳·贝尔。

贝利先生： 关于凯瑟琳·贝尔？

福尔曼先生： 是的。

贝利先生： 你被告知你被提问将会是什么情形？

福尔曼先生： 没有。

贝利先生： 每一个问题都包含“凯瑟琳·贝尔”这个名字吗？

福尔曼先生： 我不这样认为。我不能肯定会怎么样，但是我不认为——我不认为都会包含“凯瑟琳·贝尔”这个名字，不这

样认为。

贝利先生：提问包含任何与本案有关的现实中的其他人吗？

福尔曼先生：不，我记得是没有，先生。

贝利先生：好。你说对凯瑟琳·贝尔问题对你总共提了多少个问题？

福尔曼先生：不很多。很不好估计。我确信也是少于10个。

贝利先生：少于10个？

福尔曼先生：是的。

贝利先生：3个律师问了总共10个问题？

福尔曼先生：律师彼此之间有许多讨论，这些都不是提问。

贝利先生：我的问题是你告诉法庭和陪审团的是3个律师问了总共10个问题？

福尔曼先生：是的。

贝利先生：在那一次询问？

福尔曼先生：是的。

贝利先生：那就是说每个律师问了3个多点问题？

福尔曼先生：是的。

贝利先生：你知道究竟有没有任何律师能够仅仅只问3个问题？

福尔曼先生：目前我不知。

贝利先生：答得好。福尔曼探长，如果那些人没有用在凯瑟琳·贝尔的证词中指责你所使用了那些词语，他们怎么可能给你准备好面对凯瑟琳·贝尔问题，以及我或者另外一个律师关于此问题对你的询问呢？那是怎么做的呢？

福尔曼先生：我读了一些条款，我想那些词语是在一份声明中。

贝利先生：好。在昨天闭庭前，你面前有凯瑟琳·贝尔签名的声明我们所讨论的那些言行的文件吗？

福尔曼先生：先生，你谈到的是——

克拉克女士：反对。所设想的情况没有根据。

法庭：反对无效。

福尔曼先生：你说的是我所看到的——

贝利先生：是的。

福尔曼先生：在我面前的那张纸？

贝利先生：是的。

福尔曼先生：我没有——

贝利先生：不，不。我说的是一个由凯瑟琳·贝尔提供的作为法律文书的声明文件。

福尔曼先生：在那一天？

克拉克女士：反对。所假想的情况没有根据。

法庭：支持。在法庭上没有任何凯瑟琳·贝尔签名的文件记录。

贝利先生：对不起，不是说由凯瑟琳·贝尔签名的。

贝利先生：从她的角度看，她会说什么？

福尔曼先生：那天，她在我前面，先生？

贝利先生：是的。

福尔曼先生：不。

贝利先生：你所看到的被询问问题的清单是什么？能告诉我们吗？

福尔曼先生：我没有看什么清单。

贝利先生：我想你听到了宣读或者你读了你称之为声明的文件。你能告诉我们其对你的含义吗？

福尔曼先生：我以前曾经读过。我不知道什么时候。

贝利先生：你熟悉其内容吗？

福尔曼先生：是的，我读过一次。

贝利先生：你熟悉那个声明中属于贝尔女士的话语吗？

福尔曼先生：是的。

贝利先生：辩方律师有没有把那些话语作为对你询问的主题？

福尔曼先生：不，他们没有用那种话语。

贝利先生：哦，那他们代之以什么话语来和你处理贝尔问题？

福尔曼先生：他们用种族歧视的术语。

贝利先生：好。那么，你现在记得哪怕是十个问题中的一个问题吗？

福尔曼先生：不。

贝利先生：一个都不记得？

福尔曼先生：是的，先生。

贝利先生：询问是什么时候开始的，福尔曼探长？

福尔曼先生：我看是两三周以前。

贝利先生：两三周以前？

福尔曼先生：是的。

贝利先生：那么，现在你正在展示对于8个月前发生的一次犯罪详细情形的惊人记忆，不是吗？

克拉克女士：反对，论证性的。

法庭：支持。

贝利：其中有任何问题要你回答是否那种话语是属于你的语汇？

福尔曼先生：应该有过。

贝利先生：哦。请告诉我们，关于你的语汇问题你对于那个法庭的律师们说了什么，福尔曼探长？

克拉克女士：反对，反对。与本案无关、离题的。

法庭：反对无效。

贝利：你能回答吗：

福尔曼先生： 可以。我当时说我没有用任何形式的语词来描述如凯瑟琳·贝尔所说任何人种的人。

贝利先生： 你从来都没有吗？

克拉克女士： 反对，法官阁下。

贝利先生问： 是这样的吗？

克拉克女士： 反对。

法庭： 反对有效。那个问题与本案无关联。

贝利先生： 你对那些试图要你回答贝尔问题的律师说你从来，从来就没有用过那种话语？

克拉克女士： 同样反对。

福尔曼先生： 我没有被问过，先生。

贝利先生： 我不这样问了。我更加具体一些。

法庭： 好的。

贝利先生： 你告诉那个法庭的律师们你从来没有用过“黑鬼”这个词？

克拉克女士： 同样反对，法官阁下。

法庭： 反对无效。

福尔曼先生： 从来没有这样问过。

贝利先生： 我这样问，你用过吗？

克拉克女士： 反对，法官阁下。

法庭： 这个问题模糊。更改提问。

贝利先生： 你用过“黑鬼”这个词来称呼人吗？

克拉克女士： 同样反对。

法庭： 当前？

贝利先生： 是的。

法庭： 反对无效。

证人： 没有，先生。

贝利先生： 你在过去 10 年用过那个词吗？

福尔曼先生：我记得没有，没有过。

贝利先生：你是说你忘记你曾称某人为黑鬼了？

福尔曼先生：我不知道我能否回答你的那种问话，先生。

贝利先生：你理解这个问题有困难吗？

福尔曼先生：是的。

贝利先生：我重新表达。我设想，或许在某些时间，从1985年或者1986年起，你曾称一个非洲裔美国人为黑鬼。你是否可能已经忘记那个行为？

福尔曼先生：不是，那是不可能的。

贝利先生：那么你是说你在过去10年没有用过那个词，福尔曼探长？

福尔曼先生：是的，这就是我要说的。

贝利先生：也就是说在宣誓下，你没有称任何人为黑鬼或者以黑鬼的名称来谈论黑人，福尔曼探长？

福尔曼先生：那就是我要说的，先生。

贝利先生：所以任何人来到本庭，指证你用过这个词来称呼非裔美国人，他们准是说谎，不是吗，福尔曼探长？

福尔曼先生：是的，他们是说谎。

贝利先生：他们都是，对吗？

福尔曼先生：都是。

贝利先生：好，谢谢。

贝利先生：你还有其他这样形式的训练性的庭审吗？

福尔曼先生：请再说一遍，先生？

贝利先生：你还有其他这样形式的庭审吗？

福尔曼先生：没有。

贝利先生：你还有其他在你和律师之间使用过“黑鬼”一词的庭审吗？

福尔曼先生：没有。

贝利先生： 从来没有？

福尔曼先生： 是的。

……

（下略）

1995年8月29日　厄尔曼律师质询证人麦金尼女士

厄尔曼先生的直接质询

厄尔曼先生： 唔，在你的冒犯性的采访过程中，你没有发现福尔曼警官的任何意见？

达顿先生： 反对，混杂，模糊不清。

法庭： 反对无效。

麦金尼女士： 我正——我听了你的提问，而我没有听清此后法庭发生的情况。

法庭： 你可以问答问题。

厄尔曼先生： 你可以回答问题。

麦金尼女士： 好的。

厄尔曼先生： 你曾就他陈述的话曾让他对证或者问过他吗？

麦金尼女士： 一般说来，不会。

厄尔曼先生： 为什么不？

麦金尼女士： 对于所有人的采访活动我有一个新闻职业的做法，对于我来说，那就意味着我试图听某人的观点，即使我不赞成他们的感触，无论他们是男是女，我并不会作出让他们丧失私密性感觉以及他们同我交流他们观点的愿望的反应，因此，我是不会作出使他们停止同我交谈的反应的。

厄尔曼先生： 法官阁下，就此，我们可以让麦金尼女士对我们提供的每一个证据进行鉴别，使她鉴别交谈的语义，鉴别交谈的记录是福尔曼警官言谈的精确记录，并且我们有磁带记录可以

鉴别他的声音。

法庭：好的。继续。

厄尔曼先生：我们预先准备了录像带，可以播放文字，并且可以同时播放声音。如果法庭允许，我在质询中将使用它们。

法庭：好的。继续。

厄尔曼先生：好。

法庭：你将这个录像拷贝给了检方了吗？

厄尔曼先生：给了。

法庭：好的。继续。我们将把录像带标记为辩护方展示1365号。

（辩护方1365号展示证据是录像带）

厄尔曼先生：如果在我们演示文字的时候，麦金尼女士能够观看我们提供的证据的复件，那样会更有帮助。

克拉克女士：法官阁下，我想最好是节省点时间。我不认为这个录像带的真实性有任何问题。录像带自己会讲清楚。惟一有问题的是录像带没有显示的那些记录本，而且我认为要麦金尼女士一起观看录像带完全是浪费了大量的时间——去证实明显的事实。或许我们可以减少不必要的细枝末节来节省大量时间，而去处理没有录像带的文字记录。

法庭：哦，确实需要麦金尼女士识别声音以及谁在那里这些基本情况，尽管，是一些简单的基本情况。

厄尔曼先生：我想问题之一是——

克拉克女士：我们可以认定麦金尼女士能鉴别录像带中她的以及马克·福尔曼警官的声音。

厄尔曼先生：我想阁下势必关心的问题之一是在陪审团面前出示这些录像带要多长时间。

我想对于这些证据将如何呈现给陪审团，我们可以迅速地来一次精确的预演，使阁下能够更好地控制。

法庭：好。哦，让我们至少是从非记录本的那些录像带开始。

克拉克女士：这里有个问题就是除了录像带以及将要出示的证据外，她是否是处于独立回忆的。

法庭：哦，我相信那会在交叉质询中实行。

（检方律师之间未记录的讨论）

克拉克女士：哦，从根本上说问题是，法官阁下，就是只有当某方面被涉及的时候才能播放录像带，否则就会进入诱导情形。

法庭：不是。

厄尔曼先生：我意图在于得出，我们通过每个片断时，麦金尼女士记起福尔曼探长说的那些话。

法庭：继续。

厄尔曼先生：好的。我是否可以开始举证？

法庭：可以。

厄尔曼先生：麦金尼女士，我将交给你一份所提供证据的备份，这些是依照法庭传票要求提供的记录本及录像带。

法庭：好。你指的是哪一页？

厄尔曼先生：从第9页开始。

达顿先生：阁下，这是改动了的证据，对吗？修改的证据？

厄尔曼先生：是的。

达顿先生：不是最初的证据？

厄尔曼先生：对，是改动的证据。好。让我们开始——

法庭：等等，等等。你在改动了的证据中改变了编号吗？

厄尔曼先生：没有。

法庭：我指的是，这些片断我们已经归为三类。B类，是种族歧视以及使用种族蔑称，包括了从B－1到B－40，另外实际上我们增加了一项B－41。这是对提供证据的补充。那么——

法庭： 让我撇开关于修改证据的好奇来问你，你真的期望任何法庭会允许你出示所有41个吗？难道这里没有一些重复和冗余的问题？

厄尔曼先生： 哦，我当然打算在陈述中处理重复累赘的问题。如果你同意，我现在就开始陈述。

法庭： 我正在问你。你认为——在向法庭出示这些证据，你认为我真的需要其所有41项？难道不是或许只要一打问题就能抓住你要表达问题的主旨？

厄尔曼先生： 哦，我相信有17项比较确切，可以用以表达两个意思。不仅表示了词语的使用而且表明事实上的种族偏见和仇视。

法庭： 好的。那么为什么要我听41项？你已经接受另外的各项是多余的。

厄尔曼先生： 哦，当然我认为我们要对于41项予以选择，但是有必要提示的是那些被播放和被听到的各项，将是那些不仅仅只是使用“黑鬼”这个词的各项。我不认为——当然也不会去争辩——听那个词41遍有什么证据意义，但是我们认为在这许多例子中那个词的使用的上下文含义超出了仅仅是一个种族蔑称。

法庭： 那么，如果你限于你认为适合于提供给法庭的17项，难道不是更有效地使用你、我和陪审团的时间吗？

（辩护方律师未记录的讨论）

厄尔曼先生： 我认为我们最好是从这一点转向讨论对于所提供证据的编辑。我们所要做的——而且我们可以很快就举完证。我的意思是，这些一点都不会占用很多时间，我们已经将他们编辑到只剩下光光的骨架，所以每个例子都只有围绕使用那个词的几个句子，麦金尼女士能将其置于上下文中，这不会占用很多时间。如果是那样，法庭会说，哦，现在我们需要讨论什么是陪审

团真正要听的。

法庭：你们提供给我 41 项而真正只想举证 17 项吗？

厄尔曼先生：不，不，我们想举证 41 项。我的意思是，很明显反对性的辩驳将会出现，当然，你知道，如果他不记得七八年前的录像采访中说过这些词语这不是有意的疏忽。

法庭：好的。播放录像带。

厄尔曼先生：请从第 1 项开始。

克拉克女士：法官阁下，我认为我们要从记录本开始。

法庭：播放第 1 项。

厄尔曼先生：第 1 项从记录本第 1 项来。没有声音。

（上午 10:03，辩护方展示 1365 号证据，一段录像带被播放）

法庭：好的。那就是第 1 项。

厄尔曼先生：你记得福尔曼警官说的这些话？

麦金尼女士：是的。

厄尔曼先生：在什么时候和什么地点说的？

麦金尼女士：是 4 月 2 日的第一次录像采访。

厄尔曼先生：好的。这次采访录像带不注意时已经录完，是这样的吗？

麦金尼女士：是的。

厄尔曼先生：那这些话"我们抓住妇女以及哑巴一样的黑鬼和所有那些墨西哥人，他们甚至连自己的汽车的名字都不会写"是福尔曼警官语词的准确记录吗？

麦金尼女士：是的。

厄尔曼先生：那么这个记录是在你还清楚记得那些词句的情况下做的吗？

达顿先生：反对，那是诱导。

法庭：反对有效。

厄尔曼先生：是基本问题，阁下。

法庭：这是诱导，辩方律师，你难道不会说这是在法庭面前的结果？

厄尔曼先生：知道了。

厄尔曼先生：你在听了讲话后马上记录了那些语句？

达顿先生：这也是诱导和模糊的。

法庭：支持此意见。

厄尔曼先生：你听了那些讲话后多久做了记录？

麦金尼女士：我在采访后一天—— 一天到两天之内做好了记录。

厄尔曼先生：那么，现在你正看到这些语句，他们是录像带中讲话的准确反映？

麦金尼女士：是的。

厄尔曼先生：而且是4月2日福尔曼警官对你所说的准确记录？

麦金尼女士：是的。

达顿先生：反对，没有根据。

法庭：反对无效。

厄尔曼先生：好的。我们展示第2个片断，

（上午10:05，辩护方展示1365号证据，一段录像带被播放）

厄尔曼先生：你能记得福尔曼警官所说的那些语句？

麦金尼女士：是的。

厄尔曼先生：那在什么时候和什么地方说的？

麦金尼女士：在4月初的第一次录像采访中说的

厄尔曼先生：那么还是要问这些语句讲过后多久被记录下来？

麦金尼女士：在一到两天内。它在同一时间被记录。

厄尔曼先生：记录本？

麦金尼女士：它是与前面一项同一个时间被记录下来的。

厄尔曼先生：现在，有一些——有一个空白。是这样，“如果我与这些‘空格’黑鬼摔跤”。空格是否是你加入到记录本中的？

麦金尼女士：是的。

厄尔曼先生：那为什么你这么做？

麦金尼女士：那可能是一个词听不清，但是我又不能打成“听不清”。那样处理让我知道是我没有听懂的词。

厄尔曼先生：好的。所以你会——如果有听不清的单词使你不能逐字记录，你会用在文本中加入一个空格来表示？

麦金尼女士：是的。

厄尔曼先生：让我们进行第3个片断，请播放。

（上午10:06，辩护方展示1365号证据，一段录像带被播放。）

厄尔曼先生：你记得那些话是福尔曼警官说的吗？

麦金尼女士：是的。

厄尔曼先生：那么在什么时候和什么地方说的？

麦金尼女士：在第一次录像采访。

厄尔曼先生：在4月2日？

麦金尼女士：4月2日。

厄尔曼先生：记录本准确记录下了那时福尔曼警官说的话吗？

麦金尼女士：是的。

厄尔曼先生：你在这次讲话后多久做的记录？

麦金尼女士：在一两天之内。

厄尔曼先生：好。

法庭：对不起。麦金尼女士，对于4月2日的采访，你在一到两天内记录了所有的录像带的内容？

麦金尼女士：记录的是采访的内容。

法庭：是采访的内容？

麦金尼女士： 是的。是一次采访，我记录了这个采访的内容。

法庭： 好。

厄尔曼先生： 第 4 项，请播放。

（上午 10:07，辩护方展示 1365 号证据，一段录像带被播放）

厄尔曼先生： 你记得那些话是福尔曼警官说的吗？

麦金尼女士： 除了“肥肉饼”外是的。

厄尔曼先生： 你不记得“肥肉饼”特指什么？

麦金尼女士： 我确实懂得它的意思，但是除非我去理解它否则我记不起来。

厄尔曼先生： 你能记得说这些词的上下文背景？

麦金尼女士： 我们当时在讨论一些——

达顿先生： 反对，那不是回答的方式。

法庭： 反对无效。你可以回答问题。

麦金尼女士： 好。我们当时正在谈论一些嫌疑犯可能被逮捕的情形，唔，我对于第 22 大街和西城都不熟悉，所以我对“肥肉饼”住哪儿在脑中没有建立一个直观图像。

厄尔曼先生： 在做那些采访的时候福尔曼警官是洛杉矶市西乌的巡警，是吗？

麦金尼女士： 是的。

厄尔曼先生： 这个片断是不是描述了一件实际发生的事情？

达顿先生： 反对。

厄尔曼先生： 他在当洛杉矶市西乌的巡警？

达顿先生： 反对，没有根据，引导结论。

法庭： 反对有效。要有根据。

厄尔曼先生： 好。你能解释一下这个词是怎么在他描述事件时出现的？

达顿先生： 反对，既是问题又是答案。

法庭：反对无效。

麦金尼女士：我要看我的原稿才能搞明白在此前发生了什么。

达顿先生：我反对那个程序，法官阁下。

法庭：基于什么？

达顿先生：那是诱导。

法庭：反对无效。

厄尔曼先生：我可以继续？

法庭：你可以。

厄尔曼先生：麦金尼女士，我这里有一套整理好的记录稿，包括——

达顿先生：她已经表示她不需要回忆——

法庭：她表示的是她需要从她记录原稿中使她的记忆更清楚些。

厄尔曼先生：我刚刚交给你的这份装订的文件里包含了4月2日第一次采访的记录吗？

麦金尼女士：是的。

厄尔曼先生：如果你翻到那次采访的第33页，那一页包含"肥肉饼"的片断吗？

麦金尼女士：是的。

厄尔曼先生：在上下文中来理解，你能告诉我们是否这是对一桩事件的解释或者描述？

达顿先生：反对，没有根据，猜测。

法庭：反对无效。你可以回答提问。

麦金尼女士：你能再问一遍吗？我刚才在读文件。

厄尔曼先生：这一片断是对一桩事件的描述吗？

达顿先生：引导结论。

法庭：指控无效。

麦金尼女士： 这是对一桩按福尔曼警官的说法发生在前一夜晚的事件的描述。

厄尔曼先生： 所以，他告诉你前一夜发生的事情，是这样的吗？

麦金尼女士： 对。

厄尔曼先生： 让我们进行下一项举证，请播放第5项。

（上午10:11，辩护方展示1365号证据，一段录像带被播放）

……

（下略）

1995年9月6日　厄尔曼律师质询福尔曼探长

马克·福尔曼，此前已经宣誓之下，作为402部分的证据编码，应辩护方的要求进一步作证：

法庭： 好。早上好，探长。

福尔曼探长： 早上好，阁下。

法庭： 我提醒你，先生，你仍然是在宣誓之下。厄尔曼先生，你可以继续。

厄尔曼先生的直接质询：

厄尔曼先生： 福尔曼探长，你在本案调查庭的证词是完全诚实的吗？

福尔曼探长： 我想坚持我第5修正案的权利。

厄尔曼先生： 你是否曾伪造一份警察报告？

福尔曼探长： 我想坚持我第五修正案的权利。

厄尔曼先生： 你的意思是对于我所问的所有问题都坚持第5修正案的权利？

福尔曼探长： 是的。

厄尔曼先生： 我能歇一会？

法庭：当然可以。

（辩护方律师未记录的讨论）

曼格尔先生：法官阁下，鉴于我的当事人不会再回答任何提问并且将坚持他第5修正案的权利，再对他提问没有任何意义。再提任何问题都是徒劳。

厄尔曼先生：我只还有一个问题，法官阁下。

法庭：问题是什么，厄尔曼先生？

厄尔曼先生：福尔曼探长，你在本案中栽赃或者伪造过任何证据吗？

福尔曼探长：我想坚持我第5修正案的权利。

法庭：好了。基于证人的回答，他的律师曼格尔的表述——

克拉克先生：法官阁下，反对刚才的提问，并且要求法庭斥之为不适当以及只是横加罪名。

法庭：反对无效。其回答可以停止。好了。克拉克女士，对于这次作证还有其他问题吗？

克拉克女士：没有了。

法庭：好的。那么，鉴于第5修正案的权利的保护，我们将不对福尔曼探长做任何进一步的询问。另外——但是，尽管，探长，今天下午我将使你不再接受进一步的询问。然而，你还要服从召问。好了，谢谢你，先生。

福尔曼探长：谢谢你，阁下。

克拉克女士：阁下，我能要求——如果辩方意图召问福尔曼探长，目的是要他再一次坚持第5修正案的权利，我想我们现在就可以问。为什么要求他为那个目的召问？陪审团不会要求他们这么做的。

法庭：不对。辩护律师，我要确保在有其他问题出现的情况下，我们保留法庭的权限。

克拉克女士：我知此。但我要说的是，这种保护是否也适用

于庭审作证？我看召问福尔曼探长而再次坚持其第 5 修正案的权利，只是在浪费时间而已，所以我要求如果辩方要那样，我们允许在这次就进行那样的诉讼。

法庭： 从这一点看，其诉讼已经完成。

克拉克女士： 对于庭审作证？

法庭： 基于辩护律师表述的福尔曼不再在本案中回答任何提问。

曼格尔先生： 法官阁下，由于福尔曼住在本州之外，他可以启程回家了吗？

考克伦先生： 法庭允许我们接着辩论一会？

法庭： 当然。好的，请与曼格尔先生进行。

（以下过程在法官办公室进行）

考克伦先生： 法官阁下，问题是这样的，我们对我们争辩的这个特别的方面不是很有把握。我要澄清一些情况。我们是使他来此作证的人。因此他是否留下来的问题我们也要负责。但是，在此考虑下，我们显然要求福尔曼对我们的适当的质询能作简要申辩。现在他虽然宣布第 5 修正案的权利，但是他们不能在陪审团面前回避质询。我们将建议陪审团下指令，或者无论怎么说，在某种程度上我们丧失了对此人进一步交叉质询的权利，我们要求一种特别的补偿。所以我的意思是——的确，他们急于把他丝毫不损地弄走。但是这不是他们想的那么容易。我们将考虑曼格尔先生的行程安排。我们十分尊重他，但是我们——我认为考虑本案的情况，法庭需要考虑我们的一些补充和论据，对于补偿方式的观点和权威性意见。这不是你作为辩护律师所情愿的事情。

法庭： 我想你们对此意见一致。

考克伦先生： 是的。我们考虑到这种情况，所以我们想要一个机会——

法庭： 那么，我记得检方表示他们有一个书面声明，有些观

点和权威意见要陈述。

考克伦先生：达顿先生讲过。我们没有看到过。

克拉克女士：我们有。我们已经研究过这个问题，我们准备了对此问题的辩论。他们没有权力在陪审团面前召问他。

考克伦先生：恶劣的态度。我们不是——

法庭：只是一种主张。

考克伦先生：所有我们要说的，阁下，就是在那种考虑下，我们想要一个机会来回复、来给你们表明我们的要点，而我们不想要他在此之前离开。这可能只要一天左右的时间。所以我认为这和麦金尼是同样的问题。在解决问题以前，我们不想要他走，我们想明天讨论那个问题。

法庭：曼格尔先生，我倾向于给予辩方律师把争议的问题澄清的机会，你的当事人明天要接受召问。

曼格尔先生：如果不是铁定要明天的话，我们可以离开——

法官：那样的话，他就会释放而不受召问了。我要说的是72小时后释放。但是我想我们会在明天解决这个议题。

曼格尔先生：好的。

法庭：好。你能向你的当事人传达这一命令吗？

曼格尔先生：能，法官阁下。

法庭：谢谢。还有其他事情吗？

曼格尔先生：那么我清楚地理解了，如果我们明天闭庭还没有接到命令，那么——

法庭：他就可以自由起程回家了。

曼格尔先生：——可以起程了吗？

夏皮罗先生：在72小时内要接受召问。我要问他。我明天要召回一些证人询问。

法庭：那么，克拉克女士，你可以呈示你的观点和权威论据。

克拉克女士： 好的。好的。

夏皮罗先生： 法官阁下，我们可以按照布拉迪的提议停止关于议程安排的讨论？

法庭： 同意。

（法官办公室开会，没有记录。）

（下略）

第九章 严格责任原则的运用
——希克伍德诉科尔－麦克基公司索赔案

在20世纪90年代的辛普森案中，辛普森因为“罪疑从无”而可以被无罪释放；那么在20世纪70年代科尔——麦克基公司的生产原料——钚而致人于死地，虽然并非公司的故意和过失，却不能免除公司的法律责任，这里的依据又是什么？

“卡伦·希克伍德诉科尔－麦克基公司索赔案”的性质与辛普森案是不同的，它是一桩民事案件。在过去，行为人一般仅在主观上存在过错时，才对其行为所造成的后果承担民事责任。但是，伴随近代科学技术和工业化的迅速发展，危险增加，事故频发，而要证明侵害人有过失十分困难。为了保护社会弱者（工人、消费者或其他受害者）的权益，无过错责任和严格责任应运而生。但是，起初的严格责任因受到诸如阻碍工业和商业发展之类的指责，实施起来非常困难。而在“卡伦·希克伍德诉科尔—麦克基公司索赔案”中，一位古道热肠的律师斯宾塞先生以生动形象的“狮子咬人”的比喻，以及强烈的意识形态攻势（为美国工人的利益而呼吁），终于打动了陪审团每一位成员的心，最后让受害者获得了高达7050.5万美元的赔偿金（其中，7000万美元是惩罚性伤害赔偿金）。

该案是美国核工厂的工人获得赔偿的第一个案例。自此，严格责任原则在美国得以真正确立，在保护社会弱者的权益上发挥了十分重要的作用，并对其他国家的民事责任原则产生了十分深

远的影响。

一、案情介绍：一起钚致人死亡案的责任纠纷

卡伦·希克伍德是俄克拉何马州克里奥申特附近的科尔－麦克基公司下属塞曼工厂的一位实验分析员。这家工厂生产用于核能工厂的钚燃料栓。钚是一种放射性化学元素，可以用来研究核能和核武器。它危害极大，极少的一点钚，就能致人于死地。卡伦在工厂的工作，是使用手套式工作箱研磨、抛光钚栓。手套式工作箱是一个防止钚向外泄漏的封闭装置，它的上面有两个操作孔，那儿装有一副密封手套，工人可以伸手进去，戴上内外封闭的手套进行工作，这样就可以避免直接暴露在里面的污染物中，但即使是这样，工厂还是要求工人们在每次伸手进箱前和进箱工作后，都得检测是否受到辐射。工人们恐惧地把受到辐射称作是“被煮过了”，并且很关心他们到底被煮得有多“烫”。

1974 年 5 月，卡伦受到了辐射，她的左手、右腕、上臂、脖子、头发和鼻孔都受到辐射。于是，她很快就被送进了隔离室。在脱光衣服后，医护人员用一种研磨料来擦洗她的皮肤，用高压喷水器冲刷她的鼻子，企图去除她身上的辐射物。科尔－麦克基公司把希克伍德送到了位于新墨西哥州的洛斯阿拉莫斯科学实验室，在那儿，她的肺部被发现也受到了辐射而呈阳性。从洛斯阿拉莫斯回来，卡伦决定将事实公之于众。在前往记者下榻的酒店的路上，卡伦死于一起神秘的车祸。

卡伦的父亲比尔·希克伍德以孩子们的名义将工厂告上了法庭。著名律师杰瑞·斯宾塞受聘担任本案的诉讼代理人。这是一场旷日持久的艰苦斗争，因为对手实在是太强大了！比尔·希克伍德向科尔－麦克基公司索赔 1050.5 万美元：其中 50 万美元用

于赔偿卡伦受到辐射后身体和精神所遭受的痛苦，1000万美元用于惩罚科尔－麦克基公司所犯下的极其卑劣的罪行，另外的5000美元则用于赔偿卡伦的个人财产——这份财产在发现公寓受到钚辐射后被工厂没收了。斯宾塞随后将这笔惩罚性伤害赔偿金增加到7000万美元。此案于1979年3月在俄克拉何马州杰克逊市开庭，审判持续了11周。斯宾塞请了很多的工会成员做证人，他们都有力地证实了工会提出的工厂工作条件极其危险的说法。此外，各种各样的专家证人也在法庭作了证。陪审团由3男3女共6人组成。审判结束时，陪审团裁定，工厂应支付所有的7050.5万美元。

该案是美国核工厂的工人获得赔偿的第一个案例。该案（特别是惩罚性伤害赔偿金的运用）给美国核工业以强烈警示：产量不能高于安全。

在本案中，控辩双方争议的焦点问题是：（1）关于归责原则。对于本案这种高度危险行业适用严格责任归责原则，双方争议不大，但对于谁不得不出来证明钚是怎样跑出来的这一点，双方发生了激烈的辩论。被告方提出，原告应当对此负举证责任，而原告方则认为他们没有证明的义务。（2）严格责任并非绝对责任。由于美国法允许加害人通过证明损害是由于受害人的过错、第三人的过错和自然原因造成的损害而减轻或免除其责任，因而本案被告方面在法庭上力求证明卡伦·希克伍德受到的钚辐射的原因是：她“自己有意把这个东西从工厂取出来了”；对此，辩护人给予了有力地回击。（3）惩罚性伤害赔偿金问题。原告方主张7000万美元的惩罚性伤害赔偿金，以“制止那些错误的、粗劣的、蓄意的、鲁莽的和残酷的行为”，使美国工人不再“因受欺骗而失去生命”——对冒犯法律者的惩罚有利于整个社会。被告方对此提出抗辩，认为这种惩罚性伤害赔偿过重了，它不利于美国核工业的发展——生产的发展更是美国社会所必需。下文依

次分述之。

二、何谓“严格责任”?

什么是“严格责任”?

严格责任主要是英美法中采用的一个概念。按照普通法学者的解释，严格责任是指当被告造成了对原告的某种明显的损害，即应对该损害负责，而不管行为人主观上是否存在过错。与严格责任相对应的是过失责任，即被告虽造成了明显的损害，须有故意和过失才负责任。而在严格责任中，主要考虑的是被告的行为与损害之间的因果关系问题。不过，严格责任并不是绝对责任，因为在严格责任中，尽管免责条件是严格的，但并不是不可以抗辩的。

在英美法中，危险的严格归责始于 1868 年英国的赖兰德诉弗莱彻案（Rylands v. Fletcher）。在该案中，被告雇佣一个承包商在他的土地上建造了一个蓄水池，在土地下面有一个已经封闭的废矿井，矿井的坑道与原告的煤矿相通，被告及承包商未发觉这件事，当蓄水池灌满水后，池水经过废井的坑道，渗进原告的煤矿，造成了损害。

法官布拉克在该案中确定了适用于“高度危险活动”（或“极端危险活动”）的严格责任规则：“某人在自己的土地上带来或堆放危险物品，他应负该物品的逃逸而可能造成对邻居损害的危险，如该物品逃逸造成损害，尽管他已经注意并已作出防止损害的各种警告，仍应负赔偿责任。”该原则被称为布拉克本规则。布拉克本规则只考虑危险物品是否逃逸、不考虑被告如何行为，其适用范围限于“高度的和异常的危险活动”。

赖兰德案所代表的危险严格归责原理问世以后，在英国一直有争议，不少学者对此持否定态度。在英国，许多学者认为，该

法应仅适用于以土地利用为社会关系主要依据的英国，而不宜扩大适用于以工商企业活动为主的美国社会。不过，美国社会法学派的创始人庞德不同意上述观点。他认为，赖兰德案中的布拉克本法则，是英国法院为适应现代社会的特殊情况，经过反复斟酌后，所创设的新型的严格责任，这是因为传统理论不适应现代社会的需要所造成的，而并不是法官的偏见的反应。该规则否定了个人主义责任原理，能够圆满解决以工商企业为中心的美国社会的问题。美国绝大多数州和美国1977年的《侵权法重述》（2版）[①] 显然也不认为布拉克本规则仅适用于英国，因为它们先后都采纳了该规则确立的高度危险严格责任原则[②]。本案适用的归责原则正是这种严格责任原则。

倘若代理律师斯宾塞在法庭上，面对基本上是法律外行的陪审团，以这样的方式介绍什么是严格责任，那一定乏味得很而且效果甚差。潜心研究了8年庭审技巧的斯宾塞当然不会这么干，他有他的方法。

"简单地说，它就是指'如果狮子跑掉了，科尔－麦克基公司就不得不赔钱'"，斯宾塞于是开始了他的法庭陈述，"'严格责任'来自古代英国的习惯法。比如说一个人把一只老狮子带回家，然后，他把这只狮子关在了笼子里——狮子是危险动物——然而，尽管不是由于他本身的疏忽——尽管不是由于他自己的错误，这只狮子跑掉了，没有谁知道它是怎么跑掉的——就如这件案子一样，'没有人知道是怎么回事'。于是，狮子跑了出来，咬伤了一些人——于是，这些被咬伤的人，把狮子的主人告上了法庭。他们说：'赔钱吧。这是你的狮子，狮子跑出来了。'可这个人却说：'但是，我尽了我的本分——我把它关在了一个好笼子里——门上安了一把好锁——我

① 王泽鉴：《民法学说与判例研究》，第二册。中国政法大学出版社1998年1月版，第161－第162页。
② 马克思、恩格斯：《马克思恩格斯全集》第25卷，第107页。

做了所有我该做的事——我也采取了安全措施——我派了专门的人去看守这只狮子——它跑掉了不是我的错。'为什么你们要惩罚我呢？那些人回答说：'我们不得不处罚它——我们不得不处罚你——你必须赔钱。'你必须赔偿我们，因为那是你的狮子——除非是被咬伤的人自己把狮子放出来的。"

就这样，斯宾塞通过一种生动而浅显的表述，用人人都能听懂的话，把这个复杂的、不易掌握的法律概念转化成了人人都能听懂的说法，使一个枯燥的法律概念变得栩栩如生。而且，他把整个概念概括为一句容易记住的话："如果狮子跑掉了，科尔－麦克基公司就应该赔钱"，在余下的陈述中，斯宾塞不断地提到这句话，以至于后来只要说到这句话，听众就会很快地回忆起他对"严格责任"的解释。

由于在严格归责原则下原告无须证明被告主观上存在过错，下面的工作就简单多了：斯宾塞只须证明被告的钚跑出来了，原告因此受到了伤害。

不过，为了进一步加深陪审团的印象，在下面的陈述中，斯宾塞继续从感性和理性两个方面对法庭实施了多层次的"轰炸"。他将本案的事实更清晰地予以呈现；他把钚比作狮子，这样既形象，又可以建立本案与英国人熟悉的古老习惯法之间的"链接"，还可以将钚之极其危险的现实性更清晰地呈现于公众面前。除此之外，斯宾塞还巧妙地在法庭运用了意识形态武器。

三、"钚是怎样跑出来的"？

（一）谁有证明的义务？

传统私法遵循"谁主张，谁举证"规则。如果按照这一规则，受害人不得不在主张损害赔偿的同时，承担举证责任，而这

无疑等于肯定弱势个体应当承受其所受到的损害。因此，为了保障社会安全和人体健康，约束和预防事故发生，世界各国乃成立特别法，规定了严格责任原则，以加强对弱势个体的保护。相对于过错责任原则而言，严格责任不要求原告证明被告的过错，从而大大减轻了受害人的举证责任。斯宾塞正是依据此一“法意”向法庭严正指出：我们需要证明钚是怎样跑出来的吗？我们不需要！

（二）受害人的受辐射是因为她自己有意把钚从工厂取出来的？

严格责任并非绝对责任。“无过失责任之基本要义系谓：侵权行为之成立，不以加害人之行为具有过失为要件，即就损害之发生，加害人虽无过失，亦应负赔偿责任，但此并非表示加害人就其行为所生之损害，在任何情况下均应负责。各国（地区）立法例多承认加害人得提出特定之抗辩或免责事由。”① 严格责任表面上不考虑对被告造成损害是出于故意或能否通过合理的注意而避免损害，就可以决定被告的责任，但实际上在这里采取了一种过错推定的办法，即从损害事实中推定被告有过错，但允许加害人通过证明损害是由于受害人的过错、第三人的过错和自然原因造成的损害而减轻或免除其责任。

被斯宾塞逼人困境的被告方希望从该规定中找到脱困的方法，即通过证明损害是由于受害人的过错造成的来获得免责或减轻己方责任。他们向法庭暗示“实验室工人，包括卡伦·希克伍德本人，有很多方式可以从实验室拿走很少量的钚”，被告代理律师莫更·莫尔竭力向法庭兜售如下论点：希克伍德“故意使自己受到辐射”。

① 美国 1977 年的《侵权法重述》（2 版）第 519 条规定，“某人从事某种异常的危险活动，尽管他已尽到最大的注意防止损害仍应对该活动给他人人身、土地或动物所致的损害负责”。

对此，斯宾塞愤怒地回击道："你们是怎样看的呢？假如你们自己的孩子死了，她的双唇已被死亡贴上了封条，她再也不能走上前来为自己辩护，那么，你们又如何看待这一切呢？我认为，在审判时玩弄指责的把戏是可耻的行为。而且，正如麦克基先生早在1975年就已经清楚知道的那样：'她遭到辐射的原因，是不可能被人知道的。'他知道这点，原子能委员会来到厂里，为此进行了调查，但从来没有得出什么结论。他们调查过此事，莫更·莫尔说：'他们所说的一切都是猜测。'人人都说拿不出证据。'我不能证明，我不能证明，我不能证明。'他们都证明不了他们自己所说的。当保罗先生第一次对你们作陈述的时候，他就知道他证明不了他所说的，但是，他仍然还要去指责。为什么呢，因为这是他们拥有的惟一的辩护手段，并且，他们想借此把你们拖进混淆事实的误区。"斯宾塞呼吁，陪审团应该制止这种"不正直"的诋毁把戏。

四、惩罚性伤害赔偿金：绝不让美国工人再因"受欺骗而失去生命"

在19世纪，工业事故成了最严重的社会问题。当时，对工业事故的处理主要适用过失责任。根据过失责任原则，受害的工人必须举出资本家有过失时才能获得后者的赔偿，这种举证连资产阶级法官也承认对于工人来说是十分困难的。即使能够举证，工厂主也能够提出各种抗辩以证明自己无过失。普通法甚至从过失责任原则中引申出一条"共同过失"原则，根据这一原则，如果事故的发生表明工人是有过失的，即使工人能够证明工厂主有过失，但因为双方互有过失，工厂主将不负赔偿责任。马克思对这种法制现状抨击道，资产阶级法律"事实上剥夺了工人的一切

特殊保护，它让工人在受到机器的伤害时向普通法院提出赔偿损失的诉讼（在英国诉讼费用很高，这纯粹是一种嘲弄），而另一方面又对专家鉴定作了一种非常巧妙的规定，使工厂主几乎不可能败诉，结果是事故急剧增加”①。严格责任就是19世纪末期由工业事故的损害赔偿问题所引起。

阶级矛盾激化的结果是国际共产主义运动的兴起和蓬勃发展。工业事故的赔偿问题在很大程度上变成了公法意义上的社会问题。工人阶级的斗争，迫使资产阶级不得不采取缓和阶级矛盾的措施。19世纪末期，对于工业事故的损害赔偿，欧美国家法律逐渐放弃了过失责任原则而采用了严格责任原则，而且，法律还规定了在特定危险领域对欺诈者实行惩罚性伤害赔偿金制度。

斯宾塞正是在这一点上，做足了文章。在将索赔额提高到7050.5万美元（其中，7000万美元是惩罚性伤害赔偿金）之后，斯宾塞在法庭上展开了其擅长的法理和意识形态攻势。

“女士们、先生们，就在那天晚上，我辗转反侧，难以入眠，第二天早晨醒来时，我下定决心，一定要让你们赋予这件案子应有的价值。于是，我把我的诉讼请求，把赔偿金从10万增加到7000万美元”，之所以作此修改，是因为“我不想看见美国工人因受欺骗而失去生命，关于这个，我有很多的话要说，因为它让我很难过，让我很难过。我不想看见人们被剥夺了了解事实真相的权利——那些掩盖事实的手段，真是太卑鄙了。我想制止这一切，并在你们的帮助下，制止让工人暴露在那些隐藏的危险中，制止那些错误的、粗劣的、蓄意的、鲁莽的和残酷的行为。……它涉及的是应该承担的责任，对社会进步应该承担的责任……如果不这样做，那么，我们人人都需要、都渴望的进步就不会有”。“惩罚性伤害赔偿金条款，基于此条款——7000万美元是用于惩

① 这一规则后来因应20世纪英美社会发展的需要被扩展为产品责任领域的严格责任、饲养动物引起损害的责任和工人赔偿领域的严格责任等等。

罚的，惩罚性的，是为了进行惩罚。这样，本案作为一个典型案例，以后这个国家其他的铀工厂、钚工厂以及其他核工厂，就不得不说实话了”。这里，斯宾塞强调了惩罚性伤害赔偿金的必要性、法律功能（包括预防功能）及其意义。

“产量能高于安全吗？他们对遭到污染的任何房间进行了处理吗？他们曾停止了生产吗？有没有证据证明他们曾停止过生产呢？如果他们确实曾因有间屋子受到了污染而停止生产，难道你们认为他们就该在5年后又放人进来吗？他们从没有停止这样做。他们把房间重新粉刷了——用100加仑的油漆，并且——‘如今油漆正在剥落。’——这就是现在工厂的状况。”“不，没有人知道你是否吸入了那些粉末。当你已经吸入后，一切又太晚了。一旦你从那种污染了的空气中吸入它们，从你吸入到发现了的时候，时间已经过了24小时，到现在则更长了”，“等到你知道中毒的时候，中毒已经发生了，这就是为什么要说公司是不负责任的。这就是为什么要说公司是残酷的。这就是为什么莫里医生要说：‘这比草率还更糟’”。这样，钚的严重危害性就被极富感性地呈现于法庭之上：这种伤害的残酷性和现实性并不在枪炮之下！

“事实上她知道很多，多得足以揭开本案的一切迷惑——毁掉整个科尔－麦克基公司。如果《纽约时报》把公司的内情公布于世，整个世界会产生什么反响呢？那时，国会正在举行关于第一个热核反应堆的听证会——现在第一个热核反应堆尚未建成——国会的听证会当时还在进行，如果把该反应堆那些做了手脚的X光片公之于世，会产生什么样的后果呢？如果媒体公布了卡伦·希克伍德所知道的一切：他们如何对工人撒谎，他们如何对待工人，工厂是什么样的条件等，会产生什么影响呢？”。在此处，斯宾塞巧妙地展开了意识形态“轰炸”：我们身后站着的是整个工人阶级！

“汉莫克先生说，他们正忙于装运那些有毛病的钚栓。这真让我气愤。他们正在把那些不合格的钚栓运往一个热反应堆，他们明明知道那些东西有毛病，却把它们运往了华盛顿，那里的人们——我说的是华盛顿州——那里的人们将或多或少要受到这个国家的第一台热核反应堆的辐射”。通过对钚的危害正在向美国更广大空间扩散事实的陈述，斯宾塞使陪审团感受到了更大的潜在危险性，并且，也因此一下子将包括华盛顿人在内的美国公众拉向了己方。

斯宾塞的真诚与激情，使陪审员感受到了他对卡伦·希克伍德受到不公平对待的愤怒。通过对被告欺骗和卑鄙等行为的层层揭露，强化了人们对被告犯罪行为的憎恶。这其中，斯宾塞不时穿插着感性刺激和意识形态“轰炸”：“美国工人”因为“隐藏的危险”而失去生命，“我想制止”，这需要“你们的帮助”。种种方法都在努力从理性和非理性上将陪审团成员拉向己方：使他们从情感、观念等各个方面倾向于自己。

至此，斯宾塞的担心已经找不到了，因为轮到陪审团担心了：是站在希克伍德和斯宾塞一边，站在工人们一边，站在美国民众一边，还是站在“令人厌恶的”、“残酷的”、“不负责任的”、“让狮子跑了出来的”工厂一边?!

五、对“危险责任应该由危险形成者承担”法理理念的反思

为什么对高度危险活动不采用传统过错归责原则，而改采严格责任原则?

对此，有多种解释。社会法学家庞德从维护社会一般安全义务出发，论证了危险责任和严格责任的合理性。他认为19世纪

后期开始的西方各国的法律，其目的在于使社会化的思想进入法律领域。这个阶段的法律，着重于社会利益，而不是个人利益的保护。从“一般安全”的目的出发，应确定“持有危险物或从事危险事业者，未能阻止损害的发生所致的损害”的责任。他认为赖兰德法则代表的严格责任原理是对个人主义的否定。在现代法哲学上，有高度的妥当性。

美国学者威廉姆斯也认为：从补偿理论和恢复理论出发，人们造成对他人的损害，必须赔偿损害，而不管他是出于故意或过失。如果这个立论能够成立，则严格责任是合理的，而过失责任是不合理的。但是他也承认，受害人应该获得赔偿与被告应该作出赔偿，在被告的行为不具有道德上的可非难性时，存在着一种矛盾。

美国学者弗莱彻并不以为异常危险活动不具有可非难性，他认为在高度危险活动中，加害人应负责严格责任的根据在于损害并不是由受害人自身造成的，已经形成的风险并不是对双方都是有利的；如果风险的形成有利于双方，则加害人可不负责任。异常危险活动本身是合法的，但此种活动仍具有非难性。据《美国侵权法重述》第 520 条规定，在确定某种危险活动是否具有异常危险时，应考虑到如下因素，即对某人人身、土地或动物的某种损害的高度危险程度的存在；因此一种活动的发生的损害的几率很大，通过尽到合理的注意而无能为力消除危险，此种活动不属于一般情况的程度，此种活动在其从事的地点是不合适的，危险活动对公众的价值低于危险属性的程度。这就表明，对高度危险来说，本身仍具有一定的非难性。

美国侵权法学家艾波斯汀则提出，严格责任的合理性，应该从侵犯权利的角度解释。这就是说，法律承认人们对其身体和其物件享有排他性的权利，侵犯这些权利就应该作出赔尝。他认为，在严格责任中，A 伤害了 B 形成了明显的责任根据，它描绘

了一种双方当事人彼此联系的状态，只要是 A 的力量及其物业而不是自然力和他人的力量造成对 B 的伤害，那么，A 就应该对 B 的损害负责。报偿责任说（又称利益主义）认为这样做的理由是“利之所在，损之所归”，也就是企业从事带有危险性的商业活动并因之得利，而其得利是建立在给社会必然造成损害的前提（指活动的必然危险性）上，由其从得利中支付受害人损失，理所当然。

还有论者以主体对危险的控制能力为尺度，认定从市场获得了丰厚利润的、控有专业“霸权话语权”的强大企业，应当并有能力对弱势的社会个体承担由其造成的损害赔偿责任。

法律经济学者则从完全不同的另外一种视角，得出如下结论：严格责任能够促进生产者改进和提高生产及其产品的安全性。因为严格责任会促进潜在加害人的活动量水平变化而阻止潜在受害人的活动量变化，但过失责任则会促进潜在受害人的活动量变化而阻止潜在加害人的活动量变化。通过极端危险活动这一概念，侵权法将严格责任加于那些涉及很高危险度而只靠行为人注意或潜在受害人改变其行为无法防止的活动。比如使用火药——无论建筑公司多么注意，事故总是会产生的；并且由于建筑要在任何地方进行，所以减少事故的途径不可能是受害人改变其活动。最佳途径可能是由公司采取其他危险性较小的爆破方法；而严格责任就产生了考虑这种选择的激励。由于同样的原因，一些充满危险的新活动（经常被称作非自然的）仅仅通过注意是无法避免危险的，严格责任能够促使人们削减该活动的规模，或在更多地了解其安全操作的情况下减慢其普及速度，或者干脆另寻合适的替代手段。不过，法律经济学的研究也表明，在严格责任条件下的产业规模和经济纯利要比在过失条件下的小。

伴随近代科学技术和工业化的迅速发展，危险增加，事故和公害增多，而要证明侵害人有过失甚为困难，因为尤其是大型危

险性工业的兴起，随时可能给他人造成损害。而且，由于现代生产和销售大都基于科学技术的专业方法，其经销是透过层层的销售网加以实现，因此，这种工业一旦本身具有危险而导致社会公众受到损害，如果依照现有私法体系由被害人主张权利，则几乎等于肯定弱小的社会个体应当承受因此受到的损害。因此，为了保障社会安全和人体健康，约束和预防事故发生，世界各国乃在民事立法、经济立法和行政立法（特别是在消费者保护法）中规定了严格责任原则，以作为过失责任的补充，但其适用只在法律有明确规定的情况下才适用。严格责任的存在是以行为人在明知该行业或行为存在社会危险的前提下，而自主选择从事该行业或行为而必然承担的一种风险代价。——严格责任的出现是以科技的不断进步和社会文明的不断提高为背景的。随着社会的发展而在社会上出现了大量的新行业，这些行业的出现与发展为人类社会发展进步所必需，但其中的行业危险又客观存在，且其所造成的危害又相当之大，所以，一方面为了社会的发展而不能禁止该行业的存在，另一方面为了保障社会又不能对该行业的危害结果坐视不问，从而产生了严格责任。严格责任制度是法律追求公平价值目标的结果，是社会正义（包括个体正义）在制度上的体现。相对于合同关系原则而言，它适用于一切利益相关人（不仅仅局限于合同关系当事人），并赋予他们合法的诉权。相对于过错责任原则而言，它不要求原告证明被告的过错，从而大大减轻了受害人的举证责任。

不过，严格责任原则在价值目标上倾向于保护社会弱者（工人、消费者或其他受害者）的权益，但一个国家在制定和实施法律时，在重视保护消费者的同时，还需要兼顾企业的权益。在危险损害赔偿责任上，企业与受害人是对立的双方。但两者的责任关系不仅仅是他们之间的事情，而且还会影响科技进步和经济发展。从最终效果来看，严格责任制度是现代社会中的一种抑制机

制。其目的是尽量减少为了追求利润而粗制滥造的现象。运用得当，既保护了社会公众，又促进了科技的进步和生产的发展；反之，要么阻碍科技进步和生产发展，要么保护社会弱者不力。所以，关键问题是：如何才能在保护社会弱者与促进科技进步和经济发展之间寻得平衡点？另外，解决工业社会中的事故损害赔偿问题，仅靠侵权法是不够的。根本的出路还在于损失负担的社会化，包括商业保险和社会保险。

值得注意的是，美国有一些州自 20 世纪 70 年代以来采纳了“比较过失”理论，代替了传统的“要么赔偿、要么不赔偿”的共同过失理论，比较过失理论已经广泛运用于交通事故、医疗事故、产品责任等严格责任领域。

六、案例资料选编：斯宾塞在希克伍德诉科尔－麦克基公司索赔案中的法庭演说

律师简介

杰瑞·斯宾塞，1929 年出生于怀俄明州的拉洛明市。早年，他投身于公众事务，成为一名地方检察官。在此职位上，他花了 8 年的时间专门研究庭审技巧，这为他以后的成功打下了基础。1979 年的卡伦·希克伍德案，使斯宾塞成为举国关注的焦点人物。他还代理了被废黜的前菲律宾总统马科斯的遗孀伊梅尔达的官司，并在 3 个半月的审判后，使伊梅尔达获得了无罪释放。斯宾塞著有 6 本书，他是非赢利性的美国庭审律师学院的创立者和院长，同时也是怀俄明州律师事务所的奠基人。

斯宾塞在希克伍德诉科尔－麦克基公司索赔案中的法庭演说

（俄克拉何马州，杰克逊市，1979年5月14日）

谢谢您，法官大人。好了，我们都到齐了。

每篇好的终局演说都是以“陪审团的各位女士们、先生们”开头的，所以也让我这样开始吧。

我确实认为我们都会变老的，我想，也许我们应该去太阳城那样的地方走一趟，感受一下那里的生气，获得一个好心情，体验一种与我们的生活截然不同的生活，这看起来是可以做到的，我曾有这样一个想法：选一个住宅区，让法官大人住第一幢，然后，6位陪审员先生一人住一幢，幢幢相连——我还没有想好是否要邀请保罗先生（科尔－麦克基公司的首席辩护律师）一起去。不过，我想这个案子还不会很快结束，并且，我想你们也是这样看的。事实上，保罗先生还在不断地召来证人作证，因此，我似乎产生了这样一个印象：他已经爱上你们了，所以，他不想停止召唤证人。

女士们、先生们，当我到达这儿的时候，俄克拉何马州还是冬天，杰克逊城地上的积雪有4英尺深。我们在这里已经共同度过了一个季节。我离家来到杰克逊城，已有两个半月的时间。尽管我呆在俄克拉何马已超过了一个半月，是个地地道道的俄克拉何马人了，但是，我还是很想家。我确信，你们也在想家。我确信，这件案子对你们来说，是件棘手的事。

我知道，你们中的许多人都要加班。我知道你们要工作到深夜，还得长时间地驱车赶到这里，你们可以发现，每天上午——现在，我是一个旁观你们陪审团的人——每天上午我都在注视着你们，注意你们是否个个都身体健康，是否个个都心情愉快。有

时，你们感觉不太好，但不管怎样，我们还是共同合作，走到了这一步，对此，我感到极为自豪。他们对我说，这是俄克拉何马历史上最长的案子，但在案子结束前，你们将知道，也许你们现在就已经清楚了，这或许还是俄克拉何马历史上最重要的案子。

女士们、先生们，我想让你们知道，我不知道怎么会——若不是比尔·希克伍德碰巧需要我——一个怀俄明州的乡村律师怎么会来到了俄克拉何马州。这似乎暗示着，如果这个案子能打赢的话，这也是天意。它是我职业生涯中最重要的一件案子。我现在站在这儿，和你们谈论这件我认为是我生活中的最重要的事情。我有一种感觉，我这一生，50年的光阴，确切地说，都是在为这个和你们呆在一起的时刻做着准备。所以，和你们呆在这里，我感到很自豪、很敬畏，同时也有点害怕。

我知道，你们很难相信这一点，因为我看起来并不害怕。但是，在这件案子的法庭交锋中，我不时地会感到害怕，我已经学会如何很好地掩饰我的恐惧感了，然而，我今天要做的事对我来说，却是可怕的。我希望我能凭着头脑、洞察力、精神和能力，还有就是那点通常所说的勇气，来告诉你们我应该告诉你们的事。

我要做的事情，就是要让你们了解你们应该了解的东西。我想，我是能得到你们的帮助的。

我一生中最害怕的事情，就是在我办理像这样的案件时——不管它是什么样的案子——站在陪审团的面前，当该轮到我作终局陈辞时，忽然间，我张大嘴巴，却什么也说不出来。我只能站在那儿，让汗水湿透我的衣服。当然，我也感受到了这些汗水在我身上流淌——不过，我马上就能镇静下来。

好吧，我们将要谈论的事情并不难，如果一个从怀俄明来的乡村律师能理解——如果我能给孩子们解释清楚——如果保罗先生能理解它——他的孩子也能理解——那么，我们所有的人都能

理解它："发生了什么？谁又证明了什么？"

好了，我们首先谈谈什么是"严格责任"，你们会听见法庭说起"严格责任"的。简单地说，它就是指"如果狮子跑掉了，科尔－麦克基公司就不得不赔钱。"就这么简单——这就是法律。

你们还记得开始时，我是怎样介绍"严格责任"的吗？"严格责任"来自古代英国的习惯法。比如说一个人把一只老狮子带回家，然后，他把这只狮子关在了笼子里——狮子是危险动物——然而，尽管不是由于他本身的疏忽——尽管不是由于他自己的错误，这只狮子跑掉了，没有人知道它是怎么跑掉的——就如这件案子一样，"没有人知道是怎么回事"。于是，狮子跑了出来，咬伤了一些人——于是，这些被咬伤的人，把狮子的主人告上了法庭。他们说："赔钱吧。这是你的狮子，狮子跑出来了。"可这个人却说："但是，我尽了我的本分——我把它关在了一个好笼子里——门上安了一把好锁——我做了所有我该做的事——我也采取了安全措施——我派了专门的人去看守这只狮子——它跑掉了不是我的错。"为什么你们要惩罚它呢？那些人回答说："我们不得不处罚它——我们不得不处罚你——你必须赔钱。"你必须赔偿我们，因为那是你的狮子——除非是被咬伤的人自己把狮子放出来的。这就是本案中惟一的一个辩护理由：除非是卡伦·希克伍德自己有意地把钚放出来，就如同把狮子放出来一样。这就是惟一的理由。

"严格责任"："如果狮子跑掉了，科尔－麦克基公司就应该赔钱"，除非是卡伦·希克伍德自己把狮子放出来的。我们必须证明什么呢？"严格责任"！现在，你们明白了吗？狮子跑掉了，我们不得不那样做。这一点已经得到证实。证据就证实了这一点。他们承认那是他们的钚。他们承认，钚在卡伦·希克伍德的公寓里，钚跑出了笼子。而且，我们不得不证明卡伦·希克伍德因此受到了伤害。这是所有我们必须证明的东西。我们的案子在很早

以前就已经证明了这一点，我不想再用那些可以证明这点的事实来麻烦你们了。这几乎已是一个共认的事实，即钚跑出来了，她因此受到了伤害。

希克伍德证明了狮子是怎么跑出来的吗？你们应该记得——在审判开始时，保罗先生走到你们的面前，说道：“听着，找出狮子是怎样跑掉的是很重要的。”是的，这是重要的，因为他们要证明狮子是怎样跑掉的——但是我们不必这样做，对此，法庭会告诉你们的。事实上，我想，你们会听见法庭这样确切地告诉你们：你们没有必要判断钚是怎样从工厂逃逸出去的——钚又是怎样钻进了她的寓所——或者钚是怎样使她受到感染的，因为它已是一个既定事实——在原、被告双方之间的既定事实——即钚是从被告的工厂钻进希克伍德的公寓的。所以，问题就是：“谁不得不出来证明狮子是怎样跑出来的?”“他们不得不证明这点”，是的，他们不得不证明是卡伦·希克伍德自己带出来的。如果他们不能以令人信服的证据证明这点，他们就输了，所以科尔—麦克基公司不得不证明这点。为什么呢？因为事情很明显。

那是他们的狮子——科尔－麦克基公司的狮子。这就是法律，就这么简单。

对这一点，我告诉过你们，对方只有一条辩护理由，不是吗？这条理由就是：卡伦·希克伍德自己有意把这个东西从工厂取出来了。不过，我还会告诉你们另一条比这更好的理由——那就是混淆事实。但这不是我的发明。一个我所喜爱的——我想是我所喜爱的——法学家，此人你们也非常了解，他有一句老话，这句老话他对我们说了很多次：他说，如果你想澄清事实，你就不得不把那些捣蛋鬼揪出来，如果你揪不出那些捣蛋鬼，那么，我敢保证，你就不能澄清事实。我想告诉你们，让陪审员感到迷惑不解，这不是正确的法律行为——把听众弄糊涂，也不应是审理此案的方式。所以，不管怎样，应该有人承担起澄清事实的责

任，比如说律师，就应该帮助你们了解这些事情的真相——站到前面来，举手宣誓说："这些就是真实的情况，这就是法律，这就是你们能信赖的事实。"我是值得你们信赖的，我不会用那些无关的、绕口的数字游戏、文字游戏、冗长费解的语言以及一些数据、细节和其他的什么来迷惑你们。我要对你们说的就是，凭借自己的判断力，不要陷入混淆是非的误区。

你们不是科学家——我也不是科学家——我惟一的武器就是我的常识。请你们保持清醒，警惕混淆是非的误区。也许，你们将会被引诱到那儿，但是，请运用你们的常识判断力。你们也许会被诱骗进数字游戏的圈套，你们也许会被诱骗进各种各样的细节的圈套，我只想对你们说，你们有一个希望——不要混淆事实——保持你们的常识判断力，并将它带进你们的评议室里。

现在，这件案子涉及的是什么呢？那些价值7000万美元的索赔起诉，涉及的到底是什么呢？我想谈谈我对此的看法。基于某些原因，我在这儿的目的，是要对索赔的数目作相应的更改。我不想看见美国工人因受欺骗而失去生命，关于这个，我有很多的话要说，因为它让我很难过，让我很难过。我不想看见人们被剥夺了了解事实真相的权利——那些掩盖事实的手段，真是太卑鄙了。我想制止这一切，并在你们的帮助下，制止让工人暴露在那些隐藏的危险中，制止那些错误的、粗劣的、蓄意的、鲁莽的和残酷的行为。这些，也就是你们已经从那些你们所尊敬的——你们也认为是正确的——世界级专家那里听过的话。我想制止那些对工人的欺骗、对公众的欺骗、对政府的欺骗，我想制止那些对陪审团的欺骗、对你们的欺骗。这个案子没有涉及的，又是什么呢？这个案子涉及的，不是反对核工业。你们从不会听见我说，我站在这里是为了反对核工业——我没有这样说。它涉及的是应该承担的责任，对社会进步应该承担的责任……如果不这样做，那么，我们人人都需要、都渴望的进步就不会有。

就这么简单——本案关注的是与进步相关的责任。

除此之外，本案还关注真理本身的价值，这也是你们在本案中不得不使用的武器，因为你们现在已经看清了事实——你们已经知道了事实——如果本案最终能够证明真理的价值，我将回家睡上整整两个星期的大觉，好好休息一下。我将认为，我一生的工作都已在本案中完成了，我希望你们也会这样认为——但是，如果本案以如此昂贵的代价来撒谎、隐瞒、欺骗、掩盖真相、玩弄数字游戏，以如此昂贵的代价让工业——这种核工业——也那样做，那么，生活中最不值钱的东西，对那些公司最不值钱的东西，就是真理了。

你们知道，当我听见科尔－麦克基公司有11000名雇员的时候，我很震惊——11000名雇员啊，这比我所居住的那个州的大部分城镇的人口还多——这些雇员遍及35个州——我敢保证，这个公司不会说“南方话”，不说“OK”，也不说“西部话”或者“纽约话”。它遍及5个洲——或25个国家。它不会说任何一门外语，它只说一种全球都通用的语言——那就是金钱。这是它惟一使用的语言——也是它惟一理解的语言——这就是本案为什么会成为现在这个样子，这就是为什么我们反过来要用金钱和那个公司进行交谈的原因。

我想简要地谈谈那个工厂的设计。工厂是尤特纳先生设计的，他以前从没有设计过任何类型的工厂。

他从没有设计过工厂，也没有设计过与钚有关的工厂，或与钚有关的装置。我有很多的问题要问他——你们还记得那574例受到辐射污染的报告吧——他们的人数是那么的多，厚厚的两大卷——你们肯定多次翻阅过它们，所以，你们应该还记得它。一页接一页，都是关于不合格的设备、设计，这些不合格的设备、设计出了事故。你们自己看看吧。

关于泄漏检查系统的事，我曾经问过尤特纳先生。他却说：

"我们不需要什么泄漏检查系统。我们要那东西有什么用呢？我们自己就能看见泄漏，我们自己就能检查。"他就是这样的不负责任：只要你们看见泄漏，你们就是安全的。

我们知道，极少量的钚，哪怕只是半克的钚，就能使整个俄克拉荷马州受到辐射污染，并且，你们还看不到它。但是，他们却让钚飘落在了房间里。杰姆·史密斯曾说，有一次，落在房间地板上的钚有1英尺厚。你们还记得这个证词吗？可尤特纳先生却说，他设计的工厂是安全的，并且他相信那个公司所说的诺言：钚不会引发癌症。他曾坐在证人席上，宣誓之后，看着你们每一位，说："钚和癌症毫无关系。"哼，这要不就是他在撒谎，要不就是他买下了公司的谎言，并且还不知道那是谎言。然而，他就是工厂的设计者啊。假如你们认为钚不会引发癌症，那么你们就没有必要去设计一个很好的工厂，这一点设计工作就不会让你们烦心。你们也就用不着因此而绞尽脑汁努力工作，因为没有什么可让你们操心的，一切就像做蛋黄酱一样简单。

好，他就是告诉你们这些的人——你们还记得他的证词吗？——那些证词肯定会让你们大吃一惊的——你们肯定会整晚睡不着觉，脑子里尽想着这些证词：1磅的钚——如果当龙卷风袭击了这些钚的时候，你我都知道会发生什么。恰好，在审判中，我们就多次经历了龙卷风的袭击，而且，其中一场龙卷风还袭击了塞曼工厂方圆6英里的地方。你们知道，如果龙卷风袭击了那个工厂，如果1磅的钚——如果1磅的钚被卷入半空，会发生什么样的情况呢？但尤特纳先生却说："不会发生什么。"1磅！你们知道，我告诉你们，这些俄克拉何马的龙卷风肯定会使这些钚漫天飞扬，难道不是这样的吗？龙卷风确实是很好的传播工具，1磅的钚就意味着这个州的每个男人、女人和小孩都会死去。

我想告诉你们一件别的事——一件危险的事——因为它涉及

我们为什么要谈论惩罚性伤害赔偿金，要制止那些谎言，要制止那种做法。就在今天，那个工厂里还停着一些有核废料的拖车，它们没有任何的掩盖物，它们装满了放射性物质。你们所需要的一切，就是在我说话的时候，用一股强风去袭击其中的一辆拖车，污染整个城镇。

我曾说过，这个工厂不负责任——这就是我们索赔的原因之一。你们能想像吗——你们还记得年轻的艾泼森坐在那儿作证吗？你们应该还记得那张诚实的脸——我非常喜欢他——一个诚实的男孩——有着金黄色的卷发——你们还记得吧，就在两个半月以前？他说："当我来到这个工厂的时候，那时工厂刚刚投产，还有30%的管道没有焊接。工厂运转以后，那30%的管道才开始进行焊接。当时我在那里，我亲眼看到了那些以前未焊接的旧管道。"艾泼森自己并不是一个持有上岗证的焊工，他却在教其他的人，如何只用一两个小时，就能自学成为一名焊工——一名没有上岗证的焊工，居然还要培训别人。他说："到处都有泄漏。"你们还记得，他是怎样讲述他们在那时是如何焊接管道，如何因无法吸到氧气，他只得在当时大口吸着那些已被辐射过的空气，以保全性命的吗？吉姆·史密斯还说起过管道的筏门因酸腐蚀而失灵的情况。这种情况在工厂的设计中随处可见。

那么，资方对此的态度又如何呢？你们知道，你们可以拥有枪支——我们国家的大部分人都知道如何使用枪支——我们使用枪支——我们用枪去打猎，但只是西部的传统。也许我们大部分人都拥有枪支，但是，枪只有被掌握在某个认为它会造成危害的人手中时，这支枪才是安全的。如果你们不知道枪会造成危害——如果你们不了解枪——如果你们不敬畏枪，那么，枪就是不安全的。那么，资方是如何看待工厂的这种状况的呢？第一个来这个厂的管理者说："当然，你们可以吸入像花粉一般大小的钚粒子，它不会伤害你们的。"但你们已经听到专家说过，像花粉

般大小的钚粒子是可以致命的。

汉莫克，该厂巡视道路的管理人员，他曾谈起过他如何把泥土中的放射性污染物铲出工厂围墙外的，以及那些石头和土灰又是怎样被污染的——他们如何处理铀的，如何将它到处乱扔的。有一个证人告诉我们，他曾把铀带回家，还给他的一个孩子玩。7000 万美元的惩罚性伤害赔偿金就能弥补这一切吗？这些钱够了吗？仅仅用公司支付工人两个星期工资数额的罚款，就足以惩罚他们了吗？

普劳曼先生（科尔－麦克基公司的前主管之一）曾说过，如果你们认为起诉是正确的，那么，你们应该罚 5 亿美元。他说，他辞职只是因为他对工厂的运作感到担忧。他说："主要原因是因为我不喜欢工厂的运作方式。我认为，钚工厂的运作和铀工厂的运作过程是一样的。对此，我想我不能再多说什么。整个工厂处于一种混乱状态，没有一样东西是做对了的。我几乎不知道从何处开始入手。到处都是辐射污染，设备在泄漏，没有采取真正的努力来控制这一切。"

没有采取真正的努力来控制这一切，你们听见一个证人是怎么说的了吗？"这场游戏的名字就是污染。工人们的手和手臂都受到了辐射，如果不刮去手和手臂上的皮肤，辐射是去不掉的。他们每天晚上回家都是这样。"随后，管理人员就不准工人开车进城了，因为工人在洗车的时候，往往会把辐射物冲了出来，而这些废水则会污染城市，污染城市的下水道系统。

好，让我们看看热丁先生（科尔－麦克基公司的总经理）吧。

他全权管理工厂。他是一个用心不良、充满敌意的证人——在本案中我曾传唤过他。为什么人人都要做些愚蠢的事呢？我想让你们亲眼看看，亲耳听听这位主管全厂的人知道些什么。是金钱蒙蔽了他。他就像军队的总司令、我们的总统。当然，总统先生不需要事事过问，但是，如果他要扔炸弹，他是知道的，如果

他要派遣军队，他是知道的，当他面对着成千上万人的性命的时候，他是知道的。如果他不知道，只是因为金钱在作怪，他是负有全部责任的人。这个负有全部责任的热丁先生，竟不知道工厂里那个该死的东西，不知道工厂里发生了什么。他不断地重复说道："我回忆不起了。"我递给他那些关于574名工人受到辐射污染的报告，574份厚厚的报告，放在了证人席上，我问他："你如何看待这些人?"你们知道他是怎样回答我的吗——你们还记得吗？就在这个法庭里，他说："我是第一次见到这些报告。"这就是管理，这就是关心。我还问他那些卡车泄漏的事，他们已埋掉卡车的某些部分。他却说，他以前从来没有听说过什么卡车的事。

原子能委员会的坎普勒先生——可怜的坎普勒先生——也许我把他逼得过分了点——我希望你们不要以此来对待我。我想把我从他那儿得到的仅有的一点情况告诉你们，以便这样你们能了解一切。难怪可怜的坎普勒先生要说："我认为，该厂没有人了解多少管理，没有人了解或关心。"他就是这样说的。当我问他："你曾经"——这是一个关键问题——"是否曾有人对你说过，工厂认为他们能把钚拿出工厂?"他回答说："不，我从来没有听说过。"

对此，你们还有疑问吗?

产量能高于安全吗？他们对遭到污染的任何房间进行了处理吗？他们曾停止了生产吗？有没有证据证明他们曾停止过生产呢？如果他们确实曾因有间屋子受到了污染而停止生产，难道你们认为他们就该在5年后又放人进来吗？他们从没有停止这样做。他们把房间重新粉刷了——用100加仑的油漆，并且——"如今油漆正在剥落"——这就是现在工厂的状况。

莫更医生（斯宾塞传来作证的专家）称，那种行为是草率的行为。你们知道为什么它是草率的吗？因为当油漆剥落时，油漆

呈粉末状掉下来，因而很容易被人吸入肺里。

“你们能吸入多大的粉末状物质?”

“没人知道。”

“你们知道你们是什么时候吸入了这些东西的吗?”

“不，没有人知道你是否吸入了那些粉末。当你已经吸入后，一切又太晚了。一旦你从那种污染了的空气中吸入它们，从你吸入到发现了的时候，时间已经过了24小时，到现在则更长了。”

等到你知道中毒的时候，中毒已经发生了，这就是为什么要说公司是不负责任的。这就是为什么要就公司是残酷的。这就是为什么莫更医生要说：“这比草率还更糟。”

作为案件证据的X光片被做了手脚，而且总是迟迟送来，他们否认这一点，但他们的确办事拖拉。最后，当我要热丁先生提供公司每月的报告时，他不得不承认——你们还记得吧——“是的，他们办事拖拉。”汉莫克先生说，他们正忙于装运那些有毛病的钚栓。这真让我气愤。他们正在把那些不合格的钚栓运往一个热反应堆，他们明明知道那些东西有毛病，却把它们运往了华盛顿，那里的人们——我说的是华盛顿州——那里的人们将或多或少要受到这个国家的第一台热核反应堆的辐射。

听听汉莫克先生本人的证词吧，他说：“这些钚杆不合格，它们不是焊接粗糙，就是钚球上的焊面太大。”这就是他说的原话，“尽管我们认为它们不合格，但我们还是得把它们运出去，因为我们的产量远远不够。工人们在监工的命令下，只是简单地把焊接处砂磨一下，这样做不利于保护焊面。”

这就是我想对你们说的，这就是呈现在你们面前的证据，铁证如山，不容置疑。如果这个证据不对，那么，他们就应该传唤别的证据到庭，对你们作出不同于此的解释。

现在，让我们来谈谈公司的培训，对此我已经说了很多了。我原本很满足，我承认当时我对那1000万美元的索赔是满意的

——尽管法官说它简直是天文数字——我原本对那1000万美元的索赔是很满足的，但在我听了这样的培训之后，我改变了主意。我无法接受这样的事实——我失眠了——我不能相信那就是我所听到的话。我不知道这件事对你们有何影响，也许你们在听了之后的一瞬间就已变得麻木了——我猜，人们只不过站在那儿，说道："暴露，暴露，暴露——癌症，癌症，癌症，癌症……"直到这个词你们再也无法听下去。我要告诉你们，也许这就是发生在我们身上的事，如果你们患上癌症——如果癌症在侵蚀你们的肝脏或你们的肺，或是在撕咬你们的生殖腺，你们就将失去自己的生命，失去丈夫、妻子和孩子，那时，癌症才显示出它的真正意义——不只是"癌症"这两个字的字面意义。你们可以通过成百上千名工人的性命把它的意义放大。设想成百上千、成千上万的工人都得了癌症，这就是为什么说本案是，也许从人类的历史上来说，为什么本案是最重要的案件的原因。这就是为什么我为能与你们在一起而感到自豪的原因，为什么我很高兴你们是陪审团的成员的原因，因为，我们都参与了这一具有历史意义的事件。

读完这份文件后，我有了这样一种感觉——像是领受圣品一样，我才得到了它——我不知道你们是否也有同感。当时，我伸出手，那个人拿着它，就是在那里的那个人，保罗先生，他把它放在了我的手上。这是你们曾看见过的1959年的资料，也是瓦伦丁先生（辩方专家证人）的个人财产。

现在，莫更医生告诉你们，这份文件中有好几千篇文章，它们告诉那些想阅读此资料的人们，钚有些什么样的危害。好几千篇文章。他们的专家瓦伦丁先生告诉我，这是一份，惟一的一份他曾阅读过的文件，他把它私自占有、控制起来。而且，瓦伦丁先生还从中拼凑了一本用心险恶的培训手册，一本隐瞒事实的培训手册。该手册充斥着空洞无物的话语。工人们把手册带回家，

和孩子们一起围坐在桌旁。女士们、先生们，当这些工人和他们的家人一起围坐在桌旁时，他们说，我们应该读读这本书。请看，这就是这本小册子。这本用心险恶的手册，没有告诉读者一点关于肺癌的情况，也没有告诉读者其他应该了解的东西。只有一处，出现了一个词——那个让人浮想联翩的“恶性瘤”——至于呼吸道问题和肺部问题，它却只字未提。

现在我给你们读一读它，你们也听听，并且你们还可以把它带入陪审团评议室，然后亲自读一读，看一看它是否告诉了你们一些读者应该了解的知识，这份文件中的文章，明明白白地告诉了瓦伦丁先生，在1959年，从事镭工业的工人和在19世纪从事镭工业的工人，就因α粒子的辐射而像苍蝇般大批死去。这一点当时就已众所周知，而瓦伦丁先生也知道这一点。这真是人类历史上最卑怯的罪行，一个骗取工人的生存权、骗取他们自由选择权利的罪行。如果有人以每小时3.5美元的价格，购买你们的身体，并且为了交易成功，对你们说——就像那些小册子告诉你们的一样——就如同那个大人物对工人们说的：“核工业也许是目前为止发展的最安全的工业。”对此，你们有何感想呢？

但愿我能向你们表达清楚，这件事使我感到有多么恶心。但愿我能向你们表达清楚，这个把戏有多么卑怯。你们知道，如果他们对工人们说：“听着，很多年来，我们就已经知道从事铀工业的工人在大批地死亡，我们也知道镭工厂也像钚工厂一样，在这两种工厂中，工人们都会死于α粒子的辐射。这就是我们公司的状况。女士们、先生们，我亲爱的工人们，准备把你们的生命托付给我们公司的人们——这就是α粒子的真实情况——如果你们呼吸了它们，那么百万计的粒子就会进入你们的肺部，尽管我们还不清楚它们是否将会致癌。不过你们有权知道，你们处于危险之中。”如果他们这样说了，那么事情就简单多了。如果你是一个电工，没有人会走过来对你说：“如果你触摸了电线，不会

有触电的危险——电不会伤害你。”因为这一点人人都知道。如果你从事一项与工人的性命生死攸关的工作，你清楚地知道这项工作是危险的，却并不对工人们说这工作是安全的，那么，你就是在说实话。

女士们、先生们，就在那天晚上，我辗转反侧，难以入眠，第二天早晨醒来时，我下定决心，一定要让你们赋予这件案子应有的价值。于是，我把我的诉讼请求，把赔偿金从 10 万增加到 7000 万美元——这只不过是该公司发给工人两周的工资而已，我想这个才够，我把它留给你们来作出公正的判决。

这一切和卡伦·希克伍德有什么关系呢？本法庭说了，如果狮子跑掉了，即使他们曾确实仔细关照过，他们也要负法律责任。

如果狮子跑掉了，他们就不得不赔钱——他们必须为发生在她身上的事进行赔偿。如果整个事情是蓄意的、玩忽职守的、不负责任的，那么，他们就必须赔偿你们认为合适的那个数额，即使这个数额高达 5 亿的金额。赔偿金的数额就由你们来决定吧。

我想引用一个你们将听到的法律条款，既惩罚性伤害赔偿金条款，基于此条款——7000 万美元是用于惩罚的，惩罚性的，是为了进行惩罚。这样，本案作为一个典型案例，以后这个国家其他的铀工厂、钚工厂以及其他核工厂，就不得不说实话了。

惩罚性伤害赔偿金基于这样一条原则：对冒犯法律者的惩罚有利于整个社会。一方面是对违法者的限制——对违法者进行限制——就是限制科尔－麦克基公司，以便他们今后不会再犯同样的错误；另一方面，也为其他人树立起一个具有历史意义的警示和范例——阻止将来再发生同样的违法事件。如果被告的行为是十足地玩忽职守——听听有关的法律条款——你们就可以使用惩罚性伤害赔偿金条款，并且要想一想赔偿的数额。

我这样解释，并不是想让你们对某家大公司产生偏见，而是

因为对一个人的公平惩罚，用在另一个人身上就不一定是公平的。如果一个报童每周赚5美元，在他该回家时他并没有回家，或者是撒了谎，那么，惩罚他5美元，就是公平的惩罚。如果你们的一个孩子撒了谎——你们的一个撒了谎，而这个谎言又事关其他兄弟姐妹的生命或健康，他隐瞒了，他对此撒了谎。他明明知道这样做是在把他的兄弟姐妹推向死亡，而他却说他们是安全的——我认为，让这个孩子以钱的形式负两个星期的责任，微不足道的两个星期，然后再观察他50周，这样做并非是不近人情的，这并不过分。这就像对那个公司罚款7000万元一样——两个星期——也许这笔钱还不够，但我确实害怕要更多的钱了。你们知道我为什么害怕吗？因为这个案子太重要了，我害怕的是，如果我站在这里，向你们索要我认为这件案子确实应该得到的赔偿时，你们会嘲笑我的。对此，我将无法忍受——我不能让你们认为我很愚蠢——我也不能让你们认为我很荒谬可笑，因为有一点对我太重要了，那就是我试图让你们相信，我是可信赖的。在本案中，我也一直在努力使你们相信，我是可信赖的。就我而言，我从来没有在你们面前说过一句谎话。不过，这并不是说，我从来就不曾撒过谎——这样说本身就是在撒谎——这并不意味着我从来就没有向陪审团撒过谎，因为我认为，有人会说我撒过谎。但是，我尽力不这样去做。我总是竭尽全力陈诉事实本身。在本案中，我已经尽力地再现了事情本身的真相。

卡尔·莫更医生说过，这个工厂的工人被骗进了狮子的笼子——这是他的原话——甚至在没有达到许可进入的标准时就进去了。他们被送进了狮子的笼子——这也是他说的话——他们被告知，笼子里没有什么动物。莫更医生说，这些工人不能胜任那里的工作，他反对公司不知道癌症的说法。他认为这是有意的。

“这是故意吗?”

“是的，是故意的。”

“这是草率吗?”

“是的，是草率。”

“对此你怎么评价呢，医生?”

他说:“我认为这很残酷。”他说——我想给你们引用一位伟大的科学家的一句话——他是健康医学之父，他曾教诲过许许多多教师和教授，他也是一位年老但仍心地善良、受人尊敬的老人——如果我是一位小孩子，想躲避钚的辐射，那么，我肯定会蜷缩在他的膝下，闭上我的眼睛，把我的手和我的信任托付给他，事实上，我也确实是这样做的。他说:“我实在不能想像，一个公司会对它的员工的健康与安全采取如此随便的态度，这是有意的、任性的、不负责任的态度。”

卡伦·希克伍德是谁，她是谁?我真担心你们不了解全部事情的真相。如果你们听到的都是郎格克先生(科尔－麦克基公司的工头)那些对卡伦·希克伍德充满怨恨的话，你们会怎么看待她呢?你们肯定会相信他所说的:“卡伦·希克伍德是一个没有教养的、情绪化的、不可信的、具有报复心的、邋遢的女人，也是一个可憎的、到处散布仇恨的人，她有意使自己受到感染，以便报复公司——这就是她。具体地说，她是一个十足的情绪化的婊子。”

她确实是这样的一个人吗?你们了解你们自己，也了解你们的朋友，通过我们以往的交往，你们也了解了我。卡伦·希克伍德曾是一个快乐的孩子，一个好孩子。她在教会里接受了良好的教育，她喜欢去教堂，她热爱教会。她是一个获得过奖学金的学生，她主攻的是化学。她很聪明，十分讲理。除此之外，更为重要的是，她关心他人。在这个工厂里，如果曾有善于关心他人的人，那么，这个人就是卡伦·希克伍德。她是个十分关心他人的人。她拥有我们大多数人都不曾拥有的勇气，敢走到老板面前，对老板说:“你们那该死的氧气，对那些可怜的昏倒的人毫无帮

助。它一点不起作用，我要上告。你们应该让那些人吸到氧气。”

你们知道，我把这个东西带到这里来，以便你们能再听听她的声音。这是她和工会代表史蒂夫·沃德加交谈时的录音。她根本想不到，当她躺在坟墓里，尸骨正在逐渐腐烂时，这个录音能在法庭上被播放。当然，她的声音仍然栩栩如生。现在，你们自己来判断，卡伦·希克伍德是什么样的人吧。

（以下是原告方的第31项证据，一部分录音，在法庭上公开播放。）

卡伦·希克伍德：我这里有个证据，它就是：不管这些工程图设计如何，不管我们的焊工活干得怎样，总之，我们在源源不断地把所有的焊工活送出厂。我们要么就是磨得太深了——我这里有一件焊样，我想让你看看，焊接处研磨得有多深，我们已经看不见那些焊接点了，这个焊接点原本是用来消除那些缝隙的。而且，我一直保存着这件焊样。

另外，我还想给你们放另一段录音，你们也可以听听。

卡伦·希克伍德：在这个实验室里有些十八九岁的男孩，你知道，有的20或21岁。我想说，他们没有上过学，所以他们不知道什么是辐射。他们不懂，史蒂夫，他们根本不懂。

她到底是谁呢？我认为，她是一个预言家，也是一个善于关心、体谅他人的普通女人，她能成为一个预言家，不靠别的，靠的是对他人的关心与理解。我不是说，她是什么了不起的人，你们知道，比如像《圣经》上的大人物——我意思是，她是个关心他人的普通人，她曾这样预言道：“如果有什么不幸要发生”，——这是她的原话——“如果有什么不幸要发生，那就是我们有可能患上癌症，而且得了癌症后的许多年，我们都将还不知道。”她这样对你们说，女士们、先生们，“现在就是必须采取措施的时候了。”

莫更·莫尔（科尔－麦克基公司的工头）为此又做了些什么呢？他在这个事件中扮演什么角色呢？从一开始，他就指责她

——在没有任何证据的情况下，对她大加指责——5年以后，在这个法庭上，他仍然挥动着他那根又长又白、瘦骨嶙峋的手指，对卡伦·希克伍德大加指责。指责他人是很容易的。他是在玩弄我们随处可见的那种指责把戏。只要出了错，他们就指责别人。他们指责她，他们指责那些出错的设备——是那些设备最终把工厂搞到了这步田地——他们指责有人故意搞破坏，他们那里只有指责。

你们还记得审判之初，保罗先生是如何走向你们，告诉你们，他是如何指责卡伦·希克伍德的吗？他当时没有证据，现在也没有。他说她可以直接拿到钚——直接拿到钚——你们一定还记得他是这样谈起她的："她可以接触钚，可以进她的公寓。"

"谁能进入她的公寓呢？"

"当然，她能进去。"

下面一点很重要——我敢确信，你们没有一个人会对此有疑问——"有从工厂拿走少量钚的机会。"他尽力兜售他的看法，想让你们也去指责她，站在"公司这一边"。但是，他说的那一点却是："实验室工人，包括卡伦·希克伍德本人，有很多方式可以从实验室拿走很少量的钚。"

"如果她想带走钚，她能在不被发现的情况下，把钚带出工厂吗？""她能做到吗？"他在审判中也被问过同样的问题。

他的回答是："能。"

现在，钚是如何被带出工厂的，仍然是一个谜——就像是谁在她的尿样中做了假一样的谜——我们都知道这一点。现在，他却说，甚至你们也还记得，他曾竭力向你们兜售的这个论点：她"故意使自己受到辐射"。

莫更·莫尔说："我说的一切都是猜测，我不能对此提出证据。"同样，他们自己的证人，一个接一个的证人，都是在毫无证据的情况下，就对他人横加指责——对此，你们是怎样看的

呢？假如你们自己的孩子死了，她的双唇已被死亡贴上了封条，她再也不能走上前来为自己辩护，那么，你们又如何看待这一切呢？

我认为，在审判时玩弄指责的把戏是可耻的行为。而且，正如麦克基先生早在1975年就已经清楚知道的那样：“她遭到辐射的原因，是不可能被人知道的。”他知道这点，原子能委员会来到厂里，为此进行了调查，但从来没有得出什么结论。他们调查过此事，莫更·莫尔说：“他们所说的一切都是猜测。”人人都说拿不出证据。“我不能证明，我不能证明，我不能证明。”他们都证明不了他们自己所说的。当保罗先生第一次对你们作陈述的时候，他就知道他证明不了他所说的，但是，他仍然还要去指责。为什么呢，因为这是他们拥有的惟一的辩护手段，并且，他们想借此把你们拖进混淆事实的误区。

正如威尔·罗格斯常常说的：“如果你不停地这样说，即使是错误的，人们也会开始相信它。”

我认为这种行为是不顾后果的。我真希望看见那种把戏被制止，我想，这个案子的判决会制止它的。人必须正直，说实话，如果不正直，不说实话，那么就不能随便进行指责，就不能毁坏或玷污一个体面的、受人尊敬的人的好名声。

你们知道，他们更关心的是给她提供律师，而不是给她提供——当她正受到死亡的威胁时——医疗护理。他们给她带来了律师。是医生吗？不是。是律师吗？对。“我想，我要死了。”这正是她在对医生说吗？不是。她是在对律师说吗？对。而且，他们有意把她送到维尔兹去。“我要死了。”莫更讥笑地答道：“你不会死的。”这是我所亲眼看到的，除肉体折磨以外对人最不人道的做法。

他们自己的证人，菲力浦说，卡伦·希克伍德很难受，她哭了。另一个他们自己的证人，诺伍德也说，她很难受，她哭了。

我知道，有人会说："我不会因为 150 万美元而去遭那样的罪。"我想，也许你们正是这样想的。卡伦·希尔伍德的母亲说，卡伦·希尔伍德哭了——她很紧张，总觉得不对劲——她知道出了差错："她不愿告诉我到底是什么。她很害怕工厂里的什么东西。她受到感染——她说，她认为自己马上就要死了。她想回家来，她想逃离那儿，因为那里出事了。"卡伦的姐姐也说："出了什么差错，卡伦不愿在电话里对我说。她想让我去她那里和她聊聊，她很害怕在电话里同我聊，除了她受到感染这个事实外，她还知道一些其他的什么。"

现在，关键的问题是：她知道多少？谁让她受到了辐射？她知道的是不是很多？她到底知道多少？事实上她知道很多，多得足以揭开本案的一切迷惑——毁掉整个科尔－麦克基公司。如果《纽约时报》把公司的内情公布于世，整个世界会产生什么反响呢？那时，国会正在举行关于第一个热核反应堆的听证会——现在第一个热核反应堆尚未建成——国会的听证会当时还在进行，如果把该反应堆那些做了手脚的 X 光片公诸于世，会产生什么样的后果呢？如果媒体公布了卡伦·希克伍德所知道的一切：他们如何对工人撒谎，他们如何对待工人，工厂是什么样的条件等，会产生什么影响呢？

高夫曼问："她受到伤害了吗？"——如果你们相信他说的话，你们就会陷入玩弄数字的圈套——高夫曼说："我要准确无误地告诉你们，像卡伦·希克伍德这样一个受到一定量的钚辐射的人，肯定会患上肺癌。"莫更医生说过："她在一周内受到的钚的辐射，比原子能委员会所许可的一年内的辐射量还大。"

好，最终发生在卡伦·希克伍德身上的是什么呢？很不幸的是，时间将永恒地停留在那一时刻：她把一些资料留给了琼恩夫人，15 分钟以后，她就死了。在路上。她对琼恩夫人说："我拿到了这些资料。我把这些资料带到这里来了。"

我们知道，那天是13号。这就是她生命停止的地方，当她走出那个咖啡馆，生命就结束了。她的生命和工会的最后一次谈判紧紧相连。她正准备离开。她已经写下了那些不合格的钚棒的编号。你们知道，她有一种不祥的预感：你们还记得吗？在她离开之前，她把那些编号给了史蒂夫·沃德加，难道不是吗？她交出的不是你们现在看到的这个笔记本，而是那些钚棒上的编号，是这些最终出现在这个报告中的编号。我曾把这些编号读给你们听过，而这些同样的编号也出现在了那份报告中。但是在那分报告中，我发现这些编号不是在这儿被篡改了，就是在那儿被篡改了，不是这儿做了掩饰，就是那儿做了掩饰。你们一定记得那些编号，这些才是她笔记本上原来的编号。在她离开之前，她把这些交了出去，因为什么呢？我们永远不会知道。我们所知道的就是她的母亲曾说过，她害怕某个东西："她没有在电话里告诉我，她害怕在电话中说起。"她的姐姐也说，她害怕什么，"她不愿在电话里告诉我"。

他们给她配了保镖——不过是"看守"的一个好听的名字而已——他们把她带离了工厂，把她置于监视之下，如果没有保镖随行，她就寸步难行。他们没收了她的房子，把她赶了出去，将她的所有东西都送到了都尔克，甚至拿走了盐和胡椒，又推倒了墙壁。而且，工会代表曼热格和沃德加说，那样做是为了他们能找到他们正在寻找的那些丢失的文件。人人都知道文件丢失了，就是为了找文件，他们才那样做。这就是曼热格和沃德加所说的。我要告诉你们，事情的经过就是这样：她知道得太多了。那些工作条件、那40磅的钚、篡改的数字、做了手脚的证据和不合格的质量检测，她全都知道。尽管我们现在不再争论她死亡的原因，但是，她在离开后15分钟就死了。这就是卡伦·希克伍德的故事。

在被告方作完他们的终局陈辞之后，我将再回来作陈述。谢

谢各位。

（当被告律师作完他们的辩护辞之后，斯宾塞接着进行下面的演说。在终局辩论时，原告方首先进行终局陈词，随后是被告方作终局陈词，此后，原告方还有最后一次陈词的机会。）

各位同行、保罗先生……女士们、先生们：

在休庭时，我一直在考虑，对于我们应该做的事情，我们每一个人是否还能再尽力地把它做好，我担心——我担心这么两点：一是担心你们已经精疲力竭了，担心或许你们无法再听下去了，即使你们会努力强迫自己听下去，我知道你们会这样做的，但是我也知道，你们的确已经很疲劳了；我还担心我自己是否还能保持旺盛的精力，担心此时我的头脑不再清晰，不再敏锐，担心我不再能迅速地把应该说的话说出来。然而，我们仍然还得坚持下去，而且还一定要做好。

在休庭期间，我与我的朋友交谈过——他们都在这儿，我与我的父亲、母亲、我亲密的朋友交谈过。从他们那儿，我重新获得力量来作好剩下的陈词。我希望你们有能力那样做，我相信你们能，在互相的协助下，唤起你们自身的力量，因为这是最后一刻，我们这些活着的有生命气息的人，聚在一起继续谈论这个案件。这也是最后一刻，还有人能为卡伦·希克伍德说话，当你们的判决结果出来后，那将是最后一刻，有人将会得到像你们现在拥有的这种权利。这一点很重要，所以，我们必须竭尽全力，去做那些我们应该做的事情。

你们知道，当历史处于关键时期的时候，它总会垂青于大众，选择普普通通的人，并赋予他们超人的能力，这就是历史发展的规律。因此，我没有理由认为现在这个时候的历史，其运行方式会与以往有何不同。

女士们、先生们，我需要切入正题——我们的时间不多了，那个似乎人人都想谈论的问题，并不是问题的真正所在——那只

是科尔－麦克基公司的惟一可能的辩护理由，是一个他们一直谈论的话题。让我们还是回到我们开始的话题上来：“如果狮子跑掉了，科尔－麦克基公司就必须赔钱。”

第十章　消费者概念的推广

——台湾“马偕医院肩难产案”[①]

在纷繁复杂的法律关系中，不同的法律主体之间实际地位常常是不对称的，如上案中的科尔－麦克基公司与其职工之间的关系，还有现实生活中存在的商品制造人与消费者之间的关系等等。为了保护弱者，维护法律的正义性，在法律上或是确立新的责任原则，如严格责任原则等等；或是制定新的法律，如消费者保护法等等。然而，法律原则再周密，法律数量再多，它都无法覆盖社会生活的方方面面。医患关系即是显例。一般情况下，由于医患之间在地位、知识和信息等方面存在着严重的不对称，因此，当患者合法权益受到侵害时，很难从传统的私法中获得有效的救济。在1994年发生于我国台湾地区的“马偕医院肩难产案”（以下简称“肩难产案”）中，台北地方法院及台湾高等法院通过

① “难产”系指胎儿无法顺利通过产道娩出，胎头已出来，但肩膀却被卡住，产科谓之“肩难产”。因为难产发生时，医师已无法为产妇施行剖腹产手术，而且90%以上无法将胎儿推回去，所以，医师只能因人而异，想办法将胎儿挤过母亲的产道，但这样处理很容易使胎儿发生锁骨骨折或臂神经丛拉伤——有时迫于情势，医师甚至不得不主动制造胎儿锁骨骨折，以使胎儿肩膀占据的空间变小，通过产道。

适用台湾消费者保护法第7条[①]，判令被告承担无过错责任，期望改变上述格局，使患者得到更为有效的保护。然则，医疗业如果被列入消保法规范范围，医疗损害赔偿问题将发生实质性变化。鉴于医疗行业的特殊属性，在适用消保法时是否应当有所保留，抑或本质上根本不应适用由产品责任制度演变而来的消保法？作为海峡两岸首例由被告承担无过错责任的医疗案件，本案牵涉诸多法域（包括若干法域边缘地带和交叉领域）和一系列法学深层次问题，而且，其经验教训对于大陆走出目前的医疗规范困境也不无启示意义，因而殊值研究。目前，在我国大陆，医患纠纷虽然不适用消法，但现在的司法解释规定在证据规则上可以适用举证责任倒置的原则，这对于保护患者的利益同样起到了十分关键的作用。当然，这样做无疑也会增加医院和医生的风险和责任，甚至会出现医院拒绝部分病人的情形。而这一切都不是法律所期望的。因此，如何平衡医院和医生与患者的利益，还需要我们不断地探索，去寻求更好的法律良方。

一、案情介绍：适用消费者保护法的医疗案

产妇谭昌兰身高1.58米，体重90.8千克，于1994年6月开始到马偕医院作产前检查（共7次），准备分娩（第二胎）。产

---

① 台湾《消费者保护法》第7条第1项规定："从事设计、生产、制造商品或提供服务之企业经营者，应确保其提供之商品或服务，无安全或卫生上之危险。"

该法施行细则第5条对"安全或卫生上之危险"含义作了进一步说明："商品于其流通进入市场，或服务于其提供时，未具通常可合理期待之安全性者，为本法第7条第1项所称安全或卫生上之危险。但商品或服务已符合当时科技或专业水准者，不在此限。

"前项所称未具通常可合理期待之安全性者，应就下列情事认定之：（1）商品或服务之标示说明。（2）商品或服务可期待之合理使用或接受。（3）商品或服务流通进入市场或提供之时期。商品或服务不得仅因其后有较佳之商品或服务，而被视为有安全或卫生上之危险。"

前两周超声波检查评估胎儿体重为3500克。同年12月5日，在妇产科医师郑某的主持下，前胎自然产生下一足月婴儿，婴儿体重为4198克。产程中曾并发肩难产，经实施紧急助产法（MC-ROBERT），母子均平安，但产后不久，婴儿出现右臂麻痹症状，经诊断为右臂神经丛损伤。

1995年，孩子的父亲李仰洲作为自诉人一纸诉状将接生医师郑某告到台北地方法院刑事庭，法庭经审理认定，被告医师于产前及接生等医疗过程中并无过错（同行政院卫生署医事审议委员会及台湾大学医院鉴定意见），不构成刑法上的过失伤害罪，遂判决被告无罪。自诉人不服，提出上诉，经台湾高等法院二审判决，驳回上诉。依据台湾刑事诉讼法第376条第1款，过失伤害案件属于不得上诉第三审的犯罪，因此二审判决为终审判决，被告医师最终被确定无罪。

谭昌兰夫妇依然不服，转而以孩子李伯立的名义将马偕医院告上台北地方法院民庭，主张被告应对“肩难产”导致的原告右臂神经丛损伤和功能丧失结果承担消保法无过错赔偿责任。谭昌兰夫妇依李伯立的健康受损状况（相当于劳保残废第7级的伤害）计算，认为损害额达新台币（以下略）371万余元，但因负担不起诉讼费用，自动减缩仅请求马偕医院赔偿100万元。

1998年1月，一审法院虽认定医师郑某无过错，但认为医疗服务适用台湾消保法第7条第1项之规定，被告应当承担”无过错责任”，遂判令马偕医院赔偿原告李伯立100万元。该判决创下台湾地区适用消保法规范医患关系之首例（也是海峡两岸首例）①。

马偕医院不服一审判决，遂上诉到台湾高等法院，高等法院维持了台北地院的判决。不过，在判决理由上，二审法院与一审

① 该案也是海峡两岸首件将医疗行业适用于消保法，判令被告承担无过错责任的案件。

法院有重大区别。

由于该案涉及敏感的医疗服务与医患关系，再加上一、二审法院均认定医疗服务适用消保法规定，医院须对病人的损害负“无过错责任”，意即不论医疗有无过错，只要造成患者损害，医院及医师就须赔偿，因此，医疗界在获知上述判决后，一片哗然。台湾医师公会首先在媒体发表宣言，声称将“全面拒看危险病人”①。在医疗院所，医师们为了自保，采取了大量防卫性医疗措施，诸如拒看危险病人、增加大量不必要的检查、检验、治疗和手术等等，即所谓“防御性医疗”。主管医药卫生的行政院卫生署甚至召开记者招待会公开批评此项判决；同时，为了寻求将医疗业排除在消保法无过错责任适用范围之外的可能性，行政院卫生署还举办多场座谈会，研究和商讨修正医疗法及医师法，并研拟相关配套措施。这更引发各界对消保法规范医疗业是否适当的讨论。

消费者保护协会当然站在消费者立场讲话。他们指出，面对医疗纠纷，医疗界应该在提升医疗品质上多下工夫，而不是在消保法条文上做文章。他们同时强调，如果卫生署要在医疗法中增列排除条款，则必须推行医疗保险制度，并采取改善医患关系的配套措施，才能对民众有所保障。

---

① 如1999年9月3日的《民生报》在医药版刊登醒目新闻标题：《高院裁定医疗服务纳消保法，医疗界震惊、强力反弹——医师公会全联会通令各医疗院所，即起遇危急病患停止服务》。再如1999年9月3日的《中国时报》报道，“医师公会全联会昨天发表强烈声明”，“表达医界的强烈不满”，“民事庭引用消保法第7条第1项：‘企业经营者应确保其提供商品或服务，无安全或卫生上之危险’，判决医院应给付原告100万元新台币。医师公会全联会则对消保法第10条规定：‘企业经营者提供之商品或服务有害消费者安全与健康之虞时，应即停止其服务’质疑，法院若认定医疗服务适用消保法，则往后从事医疗行为时，凡遇病患可能因医疗而影响安全或健康时，医疗院所是否不应为病患做任何有危险性的医疗服务？——全联会强调，医疗具有不确定性及危险性，没有一种药、或一项手术百分之百无副作用或具完全成功率，这是神也做不到的事。现在既然法院要求医疗院所和医师遵守消保法，提供‘无安全或卫生上危险的服务’，在此情势下，全联会只好通令全国医疗院所，即日起凡遇有重症病人或危急病人时，依消保法第10条规定，停止服务，以免遭处罚。”

与医疗界和消费者保护团体几乎一边倒的态势不同，法律界人士对本案判决的反应表现出更多的理性，他们的观点出现明显分化，而且，其作为赞成或反对的理由也与上述利益团体的不尽一致或大相径庭。

该案后来经马偕医院申诉，台湾最高法院于2001年5月间以高等法院判决理由不足发回高院重审，2002年4月当事人双方达成和解，李家撤回对马偕医院的诉讼，案件以“大团圆”终局①。

二、原告的主张、被告的抗辩以及法院的裁判

在一审中，原告主张，被告应依照消保法对“肩难产”导致的原告右臂神经丛损伤承担无过错赔偿责任。因为第一，被告不能提供确保安全的服务于先，事发时处理方法又不当；

第二，原告出现右臂神经丛损伤而致丧失功能的重大损害结果；

第三，被告的医疗行为与原告的损伤之间具有必然因果关系。

根据消保法第7条第3项之规定以及该法保护消费者的立法目的和公平正义原则，被告应当承担无过错赔偿责任。至于行政院卫生署医事审议委员会鉴定书鉴定结果与原告方引证不合，虽钧院刑事判决据作无罪论断，但不影响本案民事请求的成立。

被告辩称：首先，从消保法第7条第1项以及该法施行细则第5条之规定来看，消保法要求企业经营者提供的商品或服务，仅应具备通常可合理期待之安全性，并非绝对安全性——如果商

① 参见2002年4月17日《联合报》“重大争议未厘清，以后案例怎么办——马偕医院‘肩难产案’戏剧化落幕”文。

品或服务已经符合当时科技或专业水准，则不应该认为违反上述规定。

其次，被告提供的医疗服务已经符合当今医学水准（本案发生的肩难产，就现有医学水准而言，属不可预知、无法完全预防的紧急状况。超音波检查有15%的误差率，因此未事先算出婴儿体重亦非疏失。发生肩难产后，医师的处理方法和程序符合目前医学认知，不能谓之不当），因而已经“具备通常可合理期待之安全性”。

再次，原告出现的右臂神经丛损伤，不一定是被告医疗行为所致，亦即两者之间的因果关系难以判断。因为“本件神经丛损伤原因不明”，“引发新生儿上臂神经丛损伤的原因，并非只有肩难产——被告引用权威医学杂志《美国妇产科期刊》相关文献指认，神经丛麻痹的成因除生产过程外，尚有不少发生在子宫内，这类病例胎儿在子宫内即已经因为臂神经丛被压迫而发生麻痹，因而与生产过程没有关系。被告进一步指出，“原告提出其右上臂神经丛系被拉断，而非压迫受伤，并未举证以实其说。虽然长庚医院称大部分神经丛损伤系因胎儿体重过重或肩胛太宽，造成拉产困难所致，此病人兼具此两种因素，亦未确定完全是何因素造成本案损伤。”

复次，医疗行为具有高度的危险性与不确定性，并受限于现今医疗知识、技术。不能仅仅凭医疗结果造成损害即认定违反消保法无过错责任规定。被告进一步引用行政院卫生署医事审议委员会的鉴定报告，认为医疗服务是否已符合当时科技或专业水准，乃“为一专业领域之判断问题，而行政院卫生署医事审议委员会之鉴定既为专业判断，应可采信”。

虽然被告的抗辩不可谓没有道理，不过，法院并没有采纳被告的主张。

法院表示，发展上危险责任与科技水准抗辩，其适用范围仅

限于“无从知悉之未知之危险”。

为什么该抗辩仅限于“无从知悉之未知之危险”，一审法院的判决理由如下：因为“消费者保护法施行细则第 5 条第 1 项但书之规定自不得以相关企业经营者之行为方式是否具有可非难性为解释之基准”，科技水平并非客观典型的注意及义务标准，而系表示危险探知及评价方法或手段，因此，“具决定性者并非系特定之制造人或依各客观典型之群体标准已为相当注意之制造人是否能知悉存在于其商品中之危险或瑕疵，而系产品之危险在客观上是否得被任何人所认识”。

根据消保法举证责任倒置原则，被告需要就其所提供的服务符合当时科技或专业水准的事实负举证责任，而依据以上标准，被告只有能证明“事实上无人处于得认识该危险或瑕疵之状况者”，才可以得到免责。法院认为“如此解释较能贯彻无过错责任之立法本旨”，“且依消费者保护法第 7 条第 3 项但书之规定，得由企业经营者证明其无过错而为减轻其赔偿责任之平衡调整，当不致对企业经营者课予过苛之责任”。

法院更进一步表示，被告医师于妊娠 38 周作第二次超音波检查时，预估胎儿体重为 3500 克，相当于 40 周足月胎儿的重量，而胎儿出生时体重高达 4198 克，属于巨大婴儿。而且，母亲体重亦明显过重。于肩难产发生后，医师使用中位骨盆真空牵引。此等原因，均是可能发生肩难产的危险因素。在客观上被告医师当可预测于分娩时可能发生肩难产危险，在无可靠方法于产前诊断肩难产的情况下，就无法忽略原告体重于第二次超音波检查时预估体重已高于平均值体重情事。据上，法院认定：“根据产前检查之种种资料显示，本件肩难产之发生客观上并非‘无人处于得认识该危险之状况’，且亦非不知且无从知悉之危险，被告自不得主张科技水平之抗辩。”原告根据消保法请求赔偿乃属于法有据。

针对被告提出的医疗行为特别具有不确定性及危险性，判决书反驳道，正因为如此，才“更须提供医疗服务者负有更高之注意义务”。面对医疗服务业的可能反弹，法院表示：“消费者保护法对于提供服务者所负之无过错责任并非毫无界限，此观诸消费者保护法施行细则第 5 条对于法文所称‘安全或卫生上之危险’订有明确之认定标准至明，限缩无过错责任之范围，至于医疗过程中可能发生不可控制之变数，此若符合施行细则第 5 条之认定标准，自可排除无过错责任之适用。倘若医师为规避无过错责任之危险，而采取拒看危险病人、一再尝试无完全把握之手术或增加许多不必要之检查、检验、治疗或手术而造成医疗资源之浪费及医疗费用之高涨，此乃医师个人拒绝负责之心态，医疗行为攸关病人身体生命健康，岂容医师为自己利益而罔顾病人权益？”

在二审中，台湾高等法院对一审法院的上述判决给予了基本的肯定。不过，二审法院另行给出的新颖的、颇具说服力的判决理由，更加值得关注。

消保法第 7 条第 2 项规定，服务具有危害消费者生命、身体、健康、财产之可能者，应于明显处为警告标示及紧急处理危险之方法。二审法院认为，“此处所称之警告标示，在医疗服务之情形，系指医院之说明义务”，具体而言就是，医疗提供者有就产前检查所显示的各项讯息向患者“为完足说明之义务”。

二审法院接着指出，本案的产妇体重“显然过重”，“尿糖亦有异常情形”，诸如此类的发生肩难产的危险因素，“依妇产科之专业知识及一般科技水准”，自可预测产妇在生产时发生肩难产的几率极高。主治医师对产妇的血糖情形“未追踪检验，确认其有无糖尿病，已有疏忽”；在对产妇 5 次产前检查时，“亦未向伊说明其具有发生肩难产之危险因素及本件采自然生产发生肩难产之几率，对胎儿可能肇生受伤或死亡之影响，致令伊无选择采用剖腹产或其他手术以防止难产发生之机会，亦无从在产前另在其

他医院检查，寻求其他意见或建议，借以审慎评估采取何种生产方式为当，直至在产床上，胎儿头已娩出，始不得不接受后中位骨盆真空牵引之助产方式，造成被上诉人右臂神经丛拉伤，上诉人所提供之医疗服务明显欠缺通常可合理期待之安全性。”

至于上诉人（一审被告）所称的被上诉人之母入院时曾经签署生产同意书，二审法院更进一步表示，“该同意书为一定型化书面，是否签署同意书与医院是否善尽告知分娩、手术等一切相关事项之义务，并无必然之关系。且依医疗法第 46 条规定，医院在实施手术时，除应取得病人等之同意，签具手术同意书外，在签具之前，医师应向其本人等说明手术原因、手术成功率或可能发生之并发症及危险，在其同意下，始得为之”。医疗提供者的说明义务，“并非仅以形式上签署同意书为已足，更应有充分的告知说明，使病患了解所有对其作成决定有重大影响的信息，有权决定是否接受特定的医疗行为，违反者即构成医院说明义务的违反。”

三、本案焦点问题及其反思

（一）关于“可合理期待之安全性”

本案中，在规定了无过错归责原则的前提下，被告提供的医疗服务是否具备“通常可合理期待之安全性”就成了双方争辩的焦点。

1. 从“安全或卫生上之危险”到“未具通常可合理期待之安全性”

本案原告依据消保法第 7 条第 1 项主张，被告“应确保其提供之服务，无安全上之危险”，被告完全可以“事先考虑在产时为原告安排一切确保安全之服务——包括剖腹产等手术，而无须

到肩难产紧急状态发生时始不得不采用 MC－ROBERT，造成原告右臂神经丛受伤丧失功能。”

对此要求，被告认为是不可能实现的。因为就目前达到的医疗水准而言，医疗业者却无法确保医疗过程无安全上的危险（其中，对来自于患者自身疾病进程中的风险，医疗者最无法确保安全）。

其中，妇产科危险性相对更大，“无危险”就更不易能“确保”了。以本案原告提出的主张而论，要求产科医生在产前和产时为患者“安排一切确保安全之服务”，是不现实的。因为产科临床经验告诉我们，产科不存在完全安全的接生方法①，对妇产科医师而言，面对产妇几乎就是面对危险——剖腹产也非绝对安全，实际上，与阴道生产相比，剖腹产的危险性更高，统计资料显示，在母亲和胎儿的死亡率及罹病率方面，剖腹产均高于阴道生产。剖腹产的意外风险主要包括麻醉意外、麻醉并发症、大出血、伤口感染和粘连、手术后遗症等等（这里还未列入手术中可能发生的医疗过失）。②

医疗（特别是妇产科）上的“危险”确有其特殊性：第一、危险的无可回避性；尤其是，第二，危险的来源特殊——与所有

① 在医疗水平欠发达时代，“大命换小命”常常是分娩之代名词。虽然现代医学已经将各种危险大大降低，但使产科医师措手不及的情况不时还会发生。这种意外约有：前置胎盘、胎盘早期剥离、胎儿缺氧窒息、妊娠高血压综合征、脐带脱垂、产中及产后大出血、子宫破裂、早期破水合并感染、难产、羊水栓塞等。其中，羊水栓塞最不具可预见性。所谓“羊水栓塞”，系大量羊水进入孕妇血液，造成栓塞，并大量消耗凝血因子，造成凝血功能障碍，使产妇发生休克及大出血，甚至死亡。当羊水栓塞发生时，如果医院没有充足的鲜血供应，即使输入大量凝血因子，也会因大量羊水进入血液而被消耗掉。因此，医师最常用的方法就是给母亲输入大量新鲜血液，但即使如此，也常常无法控制血流不止或循环衰竭的进程。由于这种情况几乎无法事先预知和防范，因而羊水栓塞的死亡率高达 90%。若胎儿尚未出生，医师尚可考虑施行手术，不过，剖腹产的刀口又成为一个要命的出血点。

② 假设被告在产前作剖腹产适应症判断，并实施了剖腹产，但结果发生了麻醉意外（并非没有可能），被告是不是又会被指责为什么不任其自然产并被课以无过错责任呢？如果这样，台湾医师公会全联会在肩难产案后“通令全国医疗院所，即日起凡遇有重症病人或危急病人时，依消保法第 10 条规定，停止服务，以免遭处罚”的做法就有其合理性。看来，这不是解决医疗纠纷问题的“良药”。

其他行业发端于商品或服务的危险殊异，医疗危险主要源自患者疾病本身；第二，这种特殊性还表现在，应对危险的认知与对策具有很强的探索性（常常是“死马当做活马医”——有时患者及其家人已经准备接受无法根治的后果甚至后事，只是恳请主治医师“尽人事听天命”而已）。

殊值推敲的是，对于源自疾病本身的危险，医疗者也须“确保”其无危险吗？如果一个国家或地区决意由社会承担这种危险的不利后果，那么，就不仅仅是医疗者独自承担，而应是医疗共同体乃至整个社会共同承担（援助）或分担的问题，这事涉消保法、社会保障法等诸多法域。本案司法者受限于角色和权限，作出上述判决尚情有可原；但作为法律研究者、特别是立法者却似不应将视域局限于消保法一个部门，而宜整体、配套地考虑对上述特种风险的制度应对。

也许是立法者意识到了这一点①，也许是相关利益集团“博弈”的结果，或者是兼而有之，总之，到台湾消保法施行细则出台之时，“安全或卫生上之危险”被解释成（或“修正成”）“未具通常可合理期待之安全性”。

然而，问题到此并没有得到彻底解决。何谓“未具通常可合理期待之安全性”？谁来判定商品或服务是否已经符合“当时科技或专业水准”？又依据什么标准进行判断？等等，都有待进一步明确。法律规定模糊对实务造成的麻烦在肩难产案中表现得淋漓尽致，当事各方以及主审法官们各以自己的需要和理解解释法条，意见难以统一。

2. 何谓“未具通常可合理期待之安全性”

---

① 实际上，本案二审法院法官也意识到此点，在判决书中写道：“消费者保护法未规定服务之具体内容，致多所争论，立法是否有可议之处；医疗院所是否可调整医疗费用，以及采取保险或补偿基金之方式妥适分配医疗风险等，均属立法裁量之范畴。”这段话似可“译”成：我们承认消保法在立法上有缺陷。但作为司法者，我们法院的权限尽此。是否需要“妥适分配医疗风险”等，尚需立法者确定。

"未具通常可合理期待之安全性"很难正面定义。穷举属于"未具通常可合理期待之安全性"的全部情形，在立法上也是困难的。台湾立法者采用了正面认定原则和负面明确排除的立法技术。正面认定原则包括：(1) 商品或服务之标示说明。(2) 商品或服务可期待之合理使用或接受。(3) 商品或服务流通进入市场或提供之时期。商品或服务不得仅因其没有较佳之商品或服务，而被视为有安全或卫生上之危险。负面明确排除的是"但商品或服务已符合当时科技或专业水准者，不在此限"。

上述规定对被告免除或减轻无过错责任最具现实意义的，莫过于负面排除的"但商品或服务已符合当时科技或专业水准者，不在此限"规定。依据消保法举证责任倒置原则，被告需要举证其提供的医疗不属于"未具通常可合理期待之安全性"情形，而"符合当时科技或专业水准"是其最现实、同时也是最有力的抗辩理由。

法院并不否定被告对施行细则"但书规定"引用的适切性。不过，法院在判定医疗服务是否符合"当时科技或专业水准"的方法上，有完全异质于被告的见解。

3. 判定标准与判断者

细细分析诉状，我们发现原告所主张的判定者并不是单一的——从"一般人通常可合理期待"的用语，以及对长庚纪念医院、国立台湾大学医学院附设医院以及行政院卫生署医事审议委员会鉴定等专业判断的引证来看，原告所主张的判定主体是多元的：似乎只要是有利于证明其主张的正当性，不论谁的判断都可以接受。

相对而言，被告方所主张的判定主体则比较单一，他们以为医疗服务是否已符合当时科技或专业水准，乃一专业领域判断问题，故应采行政院卫生署医事审议委员会的见解。

而法院显然不认为发展上危险应由被告认定，法院也没有接

受专业医事审议委员会的相应判断，而是由自己在对立法者相关意旨进行理解和解释的基础上作出判定——法院认为，这种科技或专业水准不以“相关企业经营者之行为方式是否具有可非难性为解释之基准”，科技水平并非客观典型的注意及义务标准，而系表示危险探知及评价方法或手段，因此，“其决定性者并非系特定之制造人或依各客观典型之群体标准已为相当注意之制造人是否能知悉存在于其商品中之危险或瑕疵，而系产品之危险在客观上是否得被任何人所认识”。根据这一标准，被告只有能证明“事实上无人处于得认识该危险或瑕疵之状况者”，才可以得到免责。这个证明的难度可想而知。

4. 对法院“无从知悉之未知之危险”解释的评析

一审法院将消保法施行细则第5条第1项“但书规定”的解释为：发展上危险责任与科技水准抗辩，其适用范围仅限于“无从知悉之未知之危险”。

这样的解释是否适切？似有讨论余地。从形式上看，法院同意“通常可合理期待之安全”不等于“绝对的安全性”；法院也不反对以符合现今医疗水准作为免责标准。但从法院实际认定和执行的标准（危险在客观上是否得被任何人所认识）来看，对绝大多数医疗业者（除去认识能力达到了当时医学和医疗最高水准者）而言，这项法律也就是“绝对的安全性”之代名词，因为对他们来说，消保法施行细则第5条的除外规定形同虚设，所有超出其预见和防范能力而许多时候又不得不面对的危险，法院要求他们应确保“无安全上之危险”，剩下的只能是：要么冒险积极治疗但准备承担因此发生的一切法律责任，要么寻求安全采用保守疗法以减少自己可能需要承担的法律后果——最好是遇见病情危险的患者，什么也别做或干脆拒绝收治。

对人类认识而言：对来源于商品或服务的危险，如此设限，要求商品或服务的经营者控制人类（“被任何人所认识”）已经认

知的危险，是合理的。因为比较商品或服务给人们带来的危险与其给人们带来的便利和享受，人们更愿意选择安全，而且这类商品或服务可以替代或放弃。与此有本质区别的是，人类疾病产生的危险源自于人自身，面对这种危险的医务人员不具有可选择性；实际上，更多的时候，可供选择的对策（诊治方案）都包含着危险性。在这种情况下，仅仅预知这种危险的存在是不够的（实际上，人们都清楚生病与上医院的危险性），重要的是，如何面对这种危险及其产生的结果。

这里需要说明的是，第一，上述的"危险"不包括因医务人员的过失造成的危险；第二，医务人员应当将其"看"到的危险以及应对的可供选择的方案，预先告知患者，由患者作最终决策——这一点正是本案被告提供的服务最有瑕疵的地方，也是二审法院给出的最为有力的判决理由。

我们以为，将源于疾病的危险及其产生的结果几乎全部推给医务人员，是制度"无能"的表现。这里，责任与救助（不管是用分担还是社会保障的方式）常常被混淆了。

为什么不将源自于疾病自身的危险及其产生的结果分离出来，通过另外的制度通道寻求解决呢？

在本案中，法院实际排除了行政院医事审议委员会对被告提供的医疗服务是否具备"通常可合理期待之安全性"或是否符合当时医疗水准的专业判断权，这也是社会对传统医疗体制"官官相护"现象不满的一种司法回应——由隶属于卫生系统的医事审议委员会进行判定确有难以排除受行业利益影响有失客观公正的问题，但由法官（法律专业人士）对医学问题进行判断，又如何能保证其认识客观真实呢？对此人们不无疑虑。

一审判决书写道："误解每一行业均有其不确定性及危险性，医疗服务业甚难以此为由拒绝消费者保护法之适用，正因医疗行为特别具有不确定性及危险性，更需提供医疗服务者负有更高之

注意义务。”可问题是，医疗业的危险与其他行业危险是否性质相同？如果医疗业的危险与其他行业危险确有本质区别，那么，为什么在制度上不能与别的行业区别对待呢？

而且，“危险可以知悉、有人处于认知状态”也不等于医疗提供者就一定要承担不利后果。因为医疗的前提是人生病了（已经处于危险状态——包括潜伏的危险），很多情形下，这种“危险”是明知的，医务人员常常不得不在都含有一定危险性的选项中取舍。同时，选择治疗方案时，主治医师不仅仅只考虑“安全”一个要素，他（们）还要考虑诸如治疗效果、现实可能性等其他要素。如果法律对行为人提出过高责任要求，出于自保考虑，医疗提供者必然选择安全性最高的治疗方案而放弃其他目标的追求（如临床医师收治一先天性心脏缺损的病人，他会面临这样一些选择：①解决心脏缺损但有危险——有时很危险的根治疗法；②安全但不会解决心脏缺损的对症保守疗法；③拒绝收治等。在良性的制度环境下，医师会根据患者的请求，最大限度地寻求治疗效果而同时尽力减少风险，并综合考虑诸如治疗条件、经济条件等相关因素。反之，如果制度课以医者不合理的、过高的法律责任，从法律经济学、心理学、医学社会学等角度看，医师都会选择B或干脆是④）。如果结果是这样，整个医疗共同体的前景就不容乐观了。

（二）因果关系问题

在无过错归责原则前提下，因果关系的判断对于责任的归属来说就显得尤为重要。但被告的医疗行为与原告的损伤之间是否具有因果关系呢？

在本案中，新生儿上臂神经丛损伤是客观结果，此前发生了肩难产也是客观事实，对此双方都没有异议。但是，对于两者之间有无因果关系、是何种因果关系，双方的看法出现根本分歧。原告方一口认定新生儿上臂神经丛损伤是由肩难产直接引起。被

告方则依据权威医学杂志等足以代表已有医学认知和医疗水准的证据，说明这难以断定（不能肯定），因为“胎儿体重较重仅为肩难产之危险因素”，“本件神经丛损伤原因不明”（《美国妇产科期刊》发表的医学以及成果证实：引发新生儿上臂神经丛损伤的原因，并非只有肩难产。还有相当一部分病例在子宫内胎儿即已经因为臂神经丛被压迫而发生麻痹，这一类情况与生产过程没有关系）。

遗憾的是，对于这样一个事关责任归属的重要问题，我们却难从一审判决书中获得法院方面比较清晰的说明。不过，二审法院在给出新的判决理由的同时，对主治医师在整个诊疗过程中的疏失与被上诉人（一审原告）上臂神经丛损伤结果之间的因果关系倒是作了比较有说服力的论证。只是，这一论证是以医疗提供者有法定的“说明义务”为前提的。

值得一提的是，在科学不能对因果关系作出肯定回答的困境下，有论者提出了所谓“相当因果关系”理论——这种理论被本案法院所采纳。而且在有关医疗纠纷的辩论中，法律界人士多处强调法律上的因果关系与哲学上的因果关系有根本（或本质）区别。这种所谓“根本”区别，究竟是（科学）本质性区别，还是价值（选择）性区别，殊值深入探讨。

一般情况下，人们会将一些难以判断的问题交给科学。可问题在于：科学真的能包治百病？这里以最近发生在中国内地的一起民事纠纷及其处理为例略作说明。中央电视台“今日说法”节目 2003 年 3 月 18 日报道：A、B 互为邻居，A 家的小孩不慎落入薯窖，B 见义勇为下窖救人，A 家表示感谢。如果时态至此即止，自然皆大欢喜。不幸的是，不久以后，B 膝关节炎发作，花去医药费数千元。B 向 A 提出，关节炎乃薯窖寒气所致，我是为救你家小孩下薯窖的，因而，你应该承担我的医疗费。A 不肯认账，理由是：你的关节炎原本就有（大棚种植草莓受寒所致），

你这是乘机敲诈。和睦的两家人变成了仇人。为索回费用，更为讨个说法，B一纸诉状送到了法院。法院面临着因果关系判断上的麻烦，他们解决不了。他们将麻烦“踢给”了科学（医学）。可是，现有的医学却并不能对这一问题给出明确答案。最后法院考虑“见义勇为”行为应当肯定，遂采“相当因果关系”理论，以“薯窖寒气是关节炎发作的重要‘诱因’”为由，依据民法上的无因管理，判令A给予B“一定的”补偿（一审法院判40%，二审法院判60%）。对此判断和判决，A、B两家都不服之。两家关系更加恶化。在科学“失能”的情况下，法学家只得求助于伦理的“应该”——作为节目嘉宾的某法学家只得借助于道德，要求被告应该“知恩图报”（因为邻居关系和睦更重要），原告应该“不作他图”。这样的道德要求无疑是正确的，但法律如果只能给出这样的伦理“处方”，未免给人以苍白之感。

（三）有关“说明义务”

二审法院在判决书中指出，产妇“体重则显然过重”，其“尿糖亦有异常情形”，……而主治医师却“未向伊说明其具有发生肩难产之危险因素及本件采自然生产发生肩难产之几率，对胎儿可能肇生受伤或死亡之影响，致令伊无选择采用剖腹产或其他手术以防止难产发生之机会，亦无从在产前另在其他医院检查，寻求其他意见或建议，借以审慎评估采取何种生产方式为当”，因而被告对说明义务的违反是毋庸置疑的。依笔者见，在两审法院的所有判决理由中，这一理由是最有力的，从而也是最经得起检验的，因为被告在说明义务方面确有瑕疵。医疗者应该说明疾病情况以及各种可能的治疗方案（优缺点及其风险），由患者作最终选择或决定。

“看”是专业人员的特长（同时也常常是作为外行的患者之认知盲区），“看”出危险并给出各种专业性应对方案，是医务人员的义务，但这不等于最终的决策权在医疗者。在新的历史条件

下，医务人员需要转变传统观念，尊重患者的人格与权利（特别是“知情与同意、决策权”）——毕竟，医“父”时代已经过去：权威观念、良家之“父”观念（其基本表现形态是：我为你好、一切交给我，不要多问，说了你也不懂）必须抛弃。

对患者而言，自主选择和决策的自由，同时也意味着风险的自主承担——决策的自由与风险的承担是一体的两面。医疗共同体良性制度的建立和维系，需要人格独立的大写主体（敢于选择，敢于承担风险）。这就要求患者必须走出传统、转换角色。①

对医疗者说明义务的强调，无疑是正确的。只是，这种义务应当达到什么程度？如何衡量（判断者、判断标准等）？又是一个医疗实践向法律制度提出的难题——限于篇幅，有待以后再论。

（四）关于“强制救治义务”和“强制诊疗义务”

上诉人提出，医疗法（第 43 条）规定医疗机构对“危急”病人负有“强制救治义务”，医师法（第 21 条）规定执业医师对“危急”病症负有“强制诊疗义务”（而且，“医疗费用收取标准亦系由主管机关核定，堪认医疗专业服务不若商业或一般服务业之营利性质”），履行这些法定义务产生的不利后果，不应当依消保法责令医疗机构或医师承担无过错责任。

二审法院对此也一并驳回，理由是：“惟此等有关医疗行政之规定，乃基于生命及身体健康无价，而医疗行为与人之生命、健康密切相关之特殊本质，在于加重提供医疗服务行为者之责任，上诉人凭此为减轻其责任之依据，自非可取。”

依笔者之见，此处是二审法院所有判决理由中最大的一处败

---

① 传统型社会的病人已经习惯于将一切交给医生和社会，中国内地的计划经济体制（相对而言，医疗共同体的计划经济持续的时间更长）更强化了这种“习惯”。在海峡两岸近年来发生的大量医疗纠纷中，患者一般被认为是社会的弱者，这种比较普遍的社会心理，往往遮蔽了作为患者的一些人的“病德”的缺失，如决定时勇往直前，而当不利后果出现后，概不认账，一切都推给医务人员等等。

笔。因为面对源自“危急”疾病的危险（有时这种疾病是人类认识或控制的盲区，危险可想而知），履行法定强制义务的医务人员已经付出相当代价（健康甚至是生命的代价，如这次非典中为履行法定义务牺牲生命的医务人员），如果法律还要求他们确保无危险并无过错地承担患者的全部不利后果，显然难言合理。

看来，患者的这一类情况导致的不利后果应该寻找其他制度通道获得救助或被分担。

（五）消保法对医疗服务业的适切性与解决医疗纠纷问题的思考方向

根据文义解释，二审法院认定，消保法上的“服务”乃广义服务，不限于“与商品有关”的服务。从消保法第7条第1项规定、行政院函颁实施的中华民国行业标准分类，以及消保法施行细则来看，并没有排除医疗行为的明确规定。二审法官据此解释，医疗服务应当适用于消保法——至少，立法者没有明确排除医疗行为于消保法（“服务”）之外。

仅从消保法角度看，司法者的上述解释是正确的。但是，如果从医疗共同体的本质属性和法律制度的整体目的来看，这种有限的正确性就失去了其“正确”的规定性。因为第一，解释者的眼（精神之“眼”）过于盯紧在具体社会关系和具体法律部门之上，从而第二，这种解释与医疗关系的本质属性以及法律制度的整体目的不合，第三，仅仅依靠一个部门法（本案表现为消保法），不足以真正有效地解决现实提出的医疗纠纷问题——部门法之间以及部门法与法律制度整体之间的立法目的并非总是一致。

在当前有关医疗纠纷法律规范问题的讨论中，大陆学界有一种主流“言说”模式：该模式一般以医疗纠纷是否可以适用《中华人民共和国消费者权益保护法》（以下简称《消法》）作为问题，然后强调医疗纠纷中的受害人在权益受到损害时，出于缺乏

服务方面的专业知识，很难通过传统的司法体系获得救济这一事实，最后主张为了更加有效地保护患者合法权益、提供更加可行的救济手段，应该将医疗纠纷纳入《消法》的管辖范围，医疗纠纷适用《消法》等于医疗纠纷采用无过错责任归责原则。从表面看，这一模式言说有理、论证充分，但是，经过仔细推敲，我们发现这一模式的答案与其提出的问题并不完全吻合，确切地说，这一模式的回答超出了其所提出问题的范围。因为，医疗纠纷是否适用《消法》是一个问题，医疗纠纷采用何种归责原则是另一个问题，在中国现行法律中，这两个问题并未合而为一，就是说，医疗服务适用《消法》并不当然等于医疗服务采用无过错责任归责原则。这种研究模式的病根就在于：研究者严重受制于传统法学"问题式"[①]，将眼光过于盯紧在其所从事的"专业"上，过于盯紧在个别的、当下的医疗提供者和患者之间的局部"时空"上，这是学科不断专门化的必然结果，而这一结果是危险的，因为这种"过于盯紧"的结果是研究对象的联系、整体和基础被忽略了。看来，现实向法学提出的医疗纠纷问题尚未被在严格的意义上提出来。我们对有关医疗纠纷的认识和表述与现实向我们提出的问题本身尚有较大的距离，而真正的问题如果不能被提出，医疗纠纷问题就不可能获得真正的解决。

---

① 参见李义松：《传统法学"问题式"之误：评有关医疗纠纷是否适用《消费者权益保护法》的讨论》，载《湖南社会科学》2003年第2期。

四、案例资料选编：台北地方法院民事判决、台湾高等法院民事判决（节选）

台湾台北地方法院民事判决/八十五年度诉字第五一二五号

医院之使用人就肩难产之发生虽无过失，然微诸民法及消费者保护法规定，医院仍应负连带赔偿责任。

原告　李伯立　法定代理人　李仰洲　诉讼代理人　谭昌兰

被告　马偕纪念医院　法定代理人　詹锟金吾　诉讼代理人　周雅霞　王如玄律师　杨靖仪律师

当事人间损害赔偿事件，本院判决如下：

主文：1. 被告应给付原告新台币100万元，及自民国八十五年十二月七日起至清偿日止，按年息5%计算之利息。2. 诉讼费用由被告负担。

事实：

甲　原告方面

（一）声明：如主文第一项所示。

（二）陈述理由：

1. 被告系经行政院卫生署评鉴有案之教学医院，除依医疗法第40条规定应具备适当之医疗场所及安全设施外，其所提供之服务应较一般医疗机构为佳，自属当然。原告之母亲谭昌兰基于上述之信赖，遂于八十三年六月起委请被告所属医师进行产前

检查，先后7次，最后于同年十二月五日并指定由被告所属医师郑丞杰主持生产。讵被告妄负信赖，对谭昌兰产前及产时之各种检查及显示讯息疏未注意，在有肩难产现象时，并未采取适当安全之医疗行为，而采所谓 MC－ROBERT 方式，造成原告右臂神经丛受伤而丧失功能形成残缺。

2. 查依消费者保护法第7条第1项规定，提供服务之企业经营者应确保其提供之服务，无安全上之危险。肩难产在产科学上仅认“有时”是不可预测、“无法完全”预防的状况，尚非“完全无法”预防的情形；如被告所属医师能正确认知原告在产前二周体重达3500克之检测，自可事先考虑在产时为原告安排一切确保安全之服务——包括剖腹产等手术，而无须到肩难产紧急状态发生时始不得不采用 MC－ROBERT，造成原告右臂神经丛受伤丧失功能。是故，被告不能提供确保安全之服务于先，事发时处理方法又对原告造成重大损害，依消费者保护法第7条第3项规定应负赔偿责任，自无疑义。

3. 民法第193条规定，不法侵害他人之身体或健康者，对于被害人因此减少劳动能力，应负损害赔偿责任；兹参照十八年上字第2041号判例及六十五年十月十二日六十五年度第8次民庭庭推总会议决议意旨，请求一次给付赔偿金额新台币（下同）100万元。查原告在成年后当有谋生能力，因右臂残废，其劳动能力已有减少，兹以行政院主计处编印之八十五年平均每人国民所得32万元计算，原告右臂残废导致之劳动力减少损失金额估计为半数每年16万元，合理劳动期间为45年（20岁成年至65岁退休），按照霍夫曼法扣除中间利息，原告原得损害赔偿之金额为3716.912万元，其计算公式如左：

损害赔偿＝年损害额×系数＝16万元×23.2307＝3716.912万元，惟原告虑及医疗诉讼之专业性及被告优越之社会地位，并无资力负担多额之诉讼费用，故自动减缩请求减少劳动力损害赔

偿之金额为100万元。

4.被告提供予原告之服务并未具通常可合理期待之安全性。按被告系经行政院卫生署评鉴有案之教学医院，其所提供之服务安全性应较一般医疗机构为佳，自为一般人通常可合理期待。讵被告所属医师虽为原告母亲执行7次产前检查，2次超音波检查及接产，仍未能注意原告及原告母亲显示异常讯息；(以下省略)

5.被告应负消费者保护法第7条第3项规定之无过失赔偿责任，符合消保法立法目的及公平正义原则。

消保法公布施行于八十三年一月十三日，属最新先进之立法，其立法本旨为“保护消费者权益，促进国民消费生活安全，提升国民消费生活品质”，依该法第7条第3项规定，企业经营者只要有违反义务的事实发生，即须负责任赔偿，而不问企业经营者有无故意过失，系采无过失责任主义；即使企业经营者能证明其无过失，亦只能作为减轻赔偿责任之事由而已。被告辩称：“若仅单凭医疗结果，即遂认应负赔偿责任，不仅过于严苛，亦不符消保法意旨……”，当未了解消保法规范目的即在保护消费者。鉴于大规模企业发达之结果，危险事业日益激增，而消费者损害事件频频发生，致过失责任主义已不足以适应现代社会之要求，故消保法采取无过失责任主义，以弥补消费者所受损害，维持社会具体的公平正义。被告应负责事项，民事赔偿也。此赔偿数额早概括预计于医疗费用中收取，而转嫁于一般消费之公众分担，被告纵予赔偿，并未更受不利。原告所求事项，右臂受损减少劳动力赔偿也。此于被告故可谓医疗行为本身即具有高的危险性质与不确定性，而视造成之伤害为当然，而于原告则为终生身体之残缺，如仍执著于过失责任而致无人负责，势将由原告自负损害结果，焉得谓符合消保法目的在保护消费者权益而符合社会具体的公平正义？

6.肩难产“非”属不可预知的紧急状况，而系“可”预知

的状况。

"肩难产"是否属不可预知之状况，应依现时社会医学发展的程度及被告事实上具有的注意能力为判断标准。本案容易造成肩难产的因素前既经：

(1) 行政院卫生署医事审议委员会鉴定为 a. 母亲肥胖，b. 巨婴症。

(2) 长庚纪念医院：右臂神经丛受伤系胎儿体重过重（一般超过 4000 克即过重，此婴儿出生时为 4198 克）或肩胛太宽，造成拉产困难所致，此病人兼具此两种因素。

(3) 国立台湾大学医学院附设医院：若发现胎儿有体重过重之可能（一般医学上认定胎儿体重在 4000 克以上）……则可考虑剖腹产，肩部难产在产科学上"有时"是不可预测的……佐以被告在医疗界具有的领先地位，如谓肩难产是不可预知，被告提供之医疗行为完全合乎现今医疗专业水准，已具备消保法第 7 条所称无安全或卫生上之危险，实乃违背当前医疗认知与一般经验法则之论断，殊不足采。

7. 行政院卫生署医事审议委员会鉴定书鉴定结果与引证不合，虽钧院刑事判决据为无罪之论断，然仍无疑于本案民事请求之成立及有理由。

按最高法院二十九年上字第 1604 号判例（为刑事判决所为事实之认定，于为独立民事诉讼之裁判时，本不受其拘束，原审斟全辩论意旨及调查证据之结果，依自由心证为与刑事判决相异之认定，不得谓为违法），本案前刑事判决仅采行政院卫生署医事审议委员会鉴定结论罔顾其他具有证据力之鉴定意见，而认定被告所属医师郑丞杰执行业务并无过失之行为，原告本不以为然，只以涉及刑责，深究不易；兹以本案重在依消费者保护法第 7 条第 3 项规定要求被告应负无过失连带赔偿责任，两者法律性质有异，钧院判断结果自应不同，切不可依此类推，自我设限。

乙 被告方面

（一）声明：原告之诉驳回。

（二）陈述理由：

1. 消费者保护法第 7 条第 1 项规定意旨：

第一，按消费者保护法第 7 条第 1 项规定："从事设计、生产、制造商品或提供服务之企业经营者应确保其提供之商品或服务，无安全或卫生之危险"。至该条所称之"安全或卫生上之危险"，复经消保法施行细则第 5 条阐明："商品于其流通进入市场，或服务于其提供时，未具通常可合理期待之安全性者，为本法第 1 条第 1 项所称安全或卫生上之危险。但商品或服务已符合当时科技或专业水准者，不在此限。前项所称未具通常可合理期待之安全性者，应就下列情事认定之：(1) 商品或服务之标示说明。(2) 商品或服务可期待之合理使用或接受。(3) 商品或服务流通进入市场或提供之时期。商品或服务不得仅因其后有较佳之商品或服务，而被视为有安全或卫生上之危险。"综上二法条，可知消保法要求企业经营者应确保所提供之商品或服务，应具通常可合理期待之安全性，若未具备通常可合理期待之安全性，则被认定有安全或卫生上之危险。

第二，需强调的是"通常可合理期待之安全性"与"绝对的安全性"截然不同，是以假若企业经营者所提供之商品或服务，已通过消保法施行细则第 5 条第 2 项之集合验，而被认定具有通常可合理期待之安全性，则消费者不可单凭使用商品或接受服务后发生损害，率而主张商品或服务具有危险，并进而请求企业经营者负无过失责任。兹以医疗服务为例而言，医疗行为本身即具有高度的危险性与不确定性，并受限于现今医学发展之知识、技

术，暂不论医疗服务以无过失责任规范当否，法院于判断时更须红诸现今医疗水准以认定所提供服务是否具“通常可合理期待之安全性”，若仅单凭医疗结果造成损害，即遽认应负赔偿责任，不仅过于严苛，亦不符消保法意旨，同时也影响医疗关系互动、医疗资源分配等问题，影响重大，不可不慎。

2. 被告提供予原告之服务已具通常可合理期待之安全性，依法不负任何赔偿责任：（以下省略）

3. 鉴定报告亦认被告提供之医疗服务符合当前医学认知：原告先前自诉被告之受雇人郑丞杰医师涉嫌业务过失伤害罪，于刑事程序中，郑医师体谅原告双亲为人父母难以接受爱儿残障之事实，不厌其烦针对每项医疗行为之必要性与正当性逐一解释，嗣经行政院卫生署医事审议委员会鉴定书认定郑医师所为医疗行为“合理”、既“无疏失”、“并无不当”，迭经二审终判无罪确定。由上开鉴定书，亦肯认被告提供之医疗服务符合当前医学的认知，属合理正当，奈何原告仍无视医疗专家之解释，一味指摘被告之医疗行为有疏失，遽提本诉讼。

4. 消费者保护法第 7 条第 1 项规定之意旨：

第一，依消费者保护法第 7 条第 1 项及其施行细则第 5 条规定，其所要求企业经营者所应确保提供之商品或服务，仅应具通常可合理期待之安全性（但并非要求绝对之安全性），且商品或服务若已符合当时科技或专业之水准者，即不再被认为违反消费者保护法第 7 条第 1 项之规定。

第二，医疗行为本身即具有高度的危险性与不确定性，并受限于现今医疗之知识技术，断不能仅凭医疗结果造成损害即认定违反消费者保护法第 7 条第 1 项之规定，故判断之际，医疗服务是否符合当时科技或专业水准即成为重点。

5. 本案已符合当时科技或专业水准：

第一，本案被告之医疗服务是否已符合当时科技或专业水

准，已经行政院卫生署医事审议委员会鉴定认为：（以下省略）

第二，按医疗服务是否已符合当时科技或专业水准为一专业领域之判断问题，而行政院卫生署医事审议委员会之鉴定既为专业判断，应可采信。

6. 胎儿体重较重仅为肩难产之危险因素：

（1）无法确实估计胎儿体重（以下省略）

（2）台大医院之鉴定意见亦认为，无法准确判断是否会产生肩难产：（以下省略）

（3）纵使确知胎儿体重4198公克，也无全部予以剖腹生产之理由：（以下省略）

（4）至于产妇肥胖问题，医学上没有“产妇肥胖应予以剖腹生产”适应症，因此被告不能因产妇太胖，于产前二周之超音波扫描预估胎儿体为3500克，即进行剖腹产。事实上即使预估胎儿体重在4500克以上，在医学上也只列入剖腹产的“相对适应症”，而非“绝对适应症”之中，而原告生产时为4198克，没有理由非开刀不可，更何况近来各界都呼吁减少不必要、不合医学适应症的剖腹生产。

7. 本件神经丛损伤原因不明：至于引发新生儿上臂神经丛损伤的原因，并非只有肩难产，依据《美国妇产科期刊》1989年第166卷第1673页至1677页一篇重要文献内载，神经丛麻痹的成因有部分发生在生产过程中，但也有不少发生于子宫内，在这篇文献内载例中有17例合并发生于肩难产，另外22例则没有肩难产，因此作者认为这些病例胎儿在子宫内即已经因为臂神经丛被压迫而发生麻痹，而和生产过程没有关系。原告指其右上臂神经丛系被拉断，而非压迫受伤，并未举证以实其说。虽然长庚医院称大部分神经丛损伤系因胎儿体重过重或肩胛太宽，造成拉产困难所致，此病人兼具此两种因素，亦未确定完全是何因素造成本案损伤。

法院判决理由

（一）原告起诉主张其母亲谭昌兰自83年6月起至被告处委请医师郑丞杰进行产前检查，并于同年12月5日生产，由郑丞杰为其接生，产下原告，原告双亲不久发现原告有右手不能动之现象，经诊断为右臂神经丛受伤，系属肩难产，郑丞杰疏未注意各种产前及产时检查之讯息，致未能事先考虑为原告安排一切确保安全之服务，依消费者保护法第7条第3项规定，请求被告就原告减少之劳动能力赔偿100万元。被告则以其所提供予原告之服务已据通常可合理期待之安全性，且符合当前医学认知，已无安全或卫生上之危险，依法不负任何赔偿责任等语，资为置辩。

（二）查原告之母亲谭昌兰自83年6月9日起至被告门诊处进行第一次产前检查，（以下省略）

（三）按消费者保护法，固仅对“商品”加以定义，并未对“服务”加以任何定义，亦未作任何限制，是以提供服务为营业者，不问其是否与商品有关，均为受到消费者保护法所规范之企业经营者。又消费乃一为达成生活目的之行为，凡是基于求生存、便利或舒适之生活目的，在食衣住行育乐方面为满足人类欲望之行为，均属之，易言之，凡与人类生活有关之行为，均属消费行为（詹森林、冯震宇、林明珠合著，认识消费者保护法55页，消费者保护法问答资料第11页参照）。准此，医疗服务之行为，核其性质，自提供医疗服务者观之，此属于人类基于生存之生活目的，为满足人类欲望之行为，其为以消费为目的而接受服务之消费者甚明（消费者保护法二①规定参照），参以消费者保护法第7条第1项规定：“从事提供服务之企业经营者应确保其提供之服务无安全或卫生上之危险”，足见本法所称服务之性质

在于消费者可能由于该服务之提供陷于安全或卫生上之危险，是以医疗服务行为固非属于商品买卖交易，而属于提供专业技术与服务之关系，且于诊断或治疗之过程中，均无法确保“无安全或卫生之危险”，具有医疗不确定性及危险性，然其与国民生活卫生健康安全攸关，本于保护消费者权益，促进国民消费生活安全，提升国民消费生活品质之立法目的（消费者保护法一规定参照），应将之列为消费者保护法之规范对象，误解每一行业均有其不确定性及危险性，医疗服务业甚难以此为由拒绝消费者保护法之适用，正因医疗行为特别具有不确定性及危险性，更需提供医疗服务者负有更高之注意义务，再者，消费者保护法对于提供服务者所负之无过失责任并非毫无界限，此观诸消费者保护法施行细则第5条对于法文所称“安全或卫生上之危险”定有明确之认定标准至明，限缩无过失责任之范围，至于医疗过程中可能发生不可控制之变量，此若符合施行细则第5条之认定标准，自可排除无过失责任之适用。倘若医师为规避无过失责任之危险，而采取拒看危险病人、不再尝试无完全把握之手术或增加许多不必要之检查、检验、治疗或手术而造成医疗资源之浪费及医疗费用之高涨，此乃医师个人拒绝负责之心态，医疗行为攸关病人身体生命健康，岂容医师为自己利益而罔顾病人权益？综言之，医疗服务应属消费者保护法所称服务之范围。

（四）次按从事提供服务之企业经营者确保其提供之服务无安全或卫生上之危险，消费者保护法第7条第1项定有明文。其所称“安全或卫生上之危险”，依消费者保护法施行细则第5条之规定，系指服务于其提供时，未具通常可合理期待之安全性，且未符合当时科技或专业水准者。原告主张被告所提供之服务具有安全或卫生上之危险，致发生肩难产而使原告受有损害，请求被告为损害赔偿等语，惟此为被告所否认，辩称：其所提供予原告之服务已具通常可合理期待之安全性，且符合当前医学认知，

已无安全或卫生上之危险，依法不负任何赔偿责任云云，然由于消费者保护法就服务提供者之责任采取无过失责任主义，而将举证责任倒置，转由被告就其所提供之服务符合提供当时科技或专业水准之事实负举证责任（消费者保护法施行细则六规定参照）。惟查：

1. 按若就现行消费者保护法第7条采行无过失赔偿责任制度之明确立法意旨，及同条第3项但书关于企业经营者能证明其无过失者，亦仅得减轻其赔偿责任而不影响其责任之成立等加以观察，消费者保护法施行细则第5条第1项但书之规定自不得以相关企业经营者之行为方式是否具有可非难性为解释之基准，融因该但书之规定终究不过使现行消费者保护法关于商品责任之制度成为推定过失之责任制度，原冀望建立无过失责任制度以妥适分配危险之立法意旨亦将因而无法实现，准此，关于科技水平并非客观典型之注意及义务之标准，而系表示危险探知及评价之方法或手段，因而，具决定性者并非系特定之制造人或依各客观典型之群体标准已为相当注意之制造人是否能知悉存在于其商品中之危险或瑕疵，而系产品之危险在客观上是否得被任何人所认识，依此，惟能证明事实上无人处于得认识该危险或瑕疵之状况者，方得充分免责之举证要件，如此解释较能贯彻无过失责任之立法本旨，且依消费者保护法第7条第3项但书之规定，得由企业经营者证明其无过失而为减轻其赔偿责任之平衡调整，当不致对企业经营者课予过苛之责任。而发展上危险责任与科技水准之抗辩，其适用范围系于无从知悉之未知之危险（黄明阳著《浅论发展上危险之责任》，载于消费者保护研究第一辑第135～147页参照。）

2. 依八十四年六月十五日国立台湾大学医学院附设医院司法机关查询病历资料会签意见表（附于本院84年度自字第427号刑事卷59页）所示，（以下省略）

3. 查谭昌兰于八十三年九月二十二日第1次腹部超音波检查，郑丞杰将原推算之妊娠32周更正为妊娠29周，重新推算预产期为同年十二月十日，(以下省略) 是以郑丞杰于第2次超音波检查之际，即已预估38周之原告体重相当于40周足月之胎儿，且于最后一次产检时，即可预估谭昌兰之体重过重，根据上开资料，客观上当可预测于分娩时可能发生肩难产之危险，纵然超音波检查容有加减误差后，其体重即位于3230克至4370克之间，何以郑丞杰径认原告体重为3230克而非4370克？被告与郑丞杰于本案审理中一再强调台湾大学医学院附设医院司法机关委托鉴定案件意见表所提出之胎儿体重成长速度乃平均值云云，惟既知为平均值，则客观上原告之体重亦可能高于此平均体重，在无可靠方法于产前诊断肩难产之情况下，实无法忽略原告之体重于第2次超音波检查时预估体重已高于平均体重之事情。

4. 综上，根据产前检查之种种资料显示，本件肩难产之发生客观上并非"无人处于得认识该危险之状况"，且亦非不知且无从知悉之危险，被告自不得主张科技水平之抗辩。

(五) 又按从事提供服务之企业经营者未确保其提供之服务无安全或卫生上之危险，致生损害于消费者时，应负连带赔偿责任，但企业经营者能证明其无过失者，法院得减轻其赔偿责任，消费者保护法第7条第3项定有明文。经查：

1. 被告未能正确预估本件肩难产之发生，其所提供之医疗服务有安全或卫生上之危险，致发生肩难产而使原告之右上臂机能永远障碍，已于前述，原告依前开规定，请求被告赔偿其损害，于法有据。(以下省略)

2. 上开刑案之原审法院向长庚纪念医院查询原告受创之原因为何？(以下省略)

据台大医院复称：(以下省略)

本案经行政院卫生署医事审议委员会鉴定结果，认为：(以

下省略）

证人即接生时在场之另一位医师，洪芳宜亦于上开刑案审理中结证称：发现系肩难产后，即采产妇双腿抬高，再请助理压耻骨，帮小孩顺利产出，是有帮产妇做上开抬弯腿动作，我们一定要做，均有纪录在病历，病历是实习医师、住院医师、主治医师及其本人共同依序记载的等语，有笔录可依。

按过失犯，以行为人虽非故意，但按其情节应注意，并能注意，而不注意；或行为人对于构成犯罪之事实，虽预见其发生，而确信其不发生者为成立要件。由前开长庚纪念医院、台湾大学医学院附设医院之函复意旨及行政院卫生署医事审议委员会之鉴定结果与现场洪芳宜医师之证词，既难认郑丞杰就谭昌兰之产前检查、接生过程与发生肩难产后之处置，有应注意且能注意而不注意之情事，或有预见其发生而确信其不发生之情形，自难徒因原告片面之指述而径认郑丞杰有何过失之情事，而郑丞杰被诉业务过失伤害部分业经判决无罪确定在案，经本院依职权调阅台湾台北地方法院八十四年度自字第427号刑事卷、台湾同等法院八十五年度上易字第2132号刑事卷核阅属实。准此，依民法第224条类推适用之结果，郑丞杰乃被告之使用人，是郑丞杰就此肩难产之发生无过失，应视同被告就此结果之发生亦无过失，征诸消费者保护法第7条之规定，本院斟酌企业经营者之风险承受与原告受害之程度，减轻被告1/10之赔偿。

3.……

查原告右臂神经丛损伤之障害相当于劳工保险条例第53知所附劳保残废给付标准表第88项目（一上肢遗存显著运动障碍者），残废等级为第7级等情，有财团法人长庚纪念医院八十六年十二月十五日（86）长庚院法字第0620号函附卷可考，参酌原告现年3岁，尚可接受特殊教育以适应日后之生活，惟原告日后仅得使用左手，且以目前社会种种措施均针对右手使用者之状

况下，其不便性甚高，就原告所残存之能力日后所能选择之职业有限，本院参酌上开情事，认为鉴定结果之减少劳动能力比率（即残废等级为第7级丧失劳动能力程度之比率为69.21%）为适当，又原告于八十三年十二月五日出生，此为两造所不争执，参考劳动基准法第53条、第54条自请退休及强制退休之年龄分别为55岁、工作25年以上及60岁，复斟酌原告之年龄、日后原告之发展可能状况等情事，认为劳动年数应自原告成年后起算至60岁止，共计40年。按计算被害人丧失或减少劳动能力之损害，应以被害人之所得额为评价之资料，兹因原告目前仍为幼童，并无所得额资料足供参考，故原告以国民平均所得之1/2为计算之标准，应属适当，查八十五年平均每人国民所得为32.0603万元，此有两造均不争之行政院主计处编纂之国民经济动向统计季报附卷可按。综上所述，原告主张其减少劳动能力之年损害额为16万元，则因减少劳动能力一次给付之赔偿总额，依霍夫曼计算法扣除中间利息（法定利率年息5%），算得原告因本件肩难产所受减少劳动能力之损害为346.2818万元（160000×21. 64261512）年别单利5%复式霍夫曼系数=3462818。再被告就本件肩难产事件之发生并无过失，本院依法减轻被告1%之赔偿，依此计算，原告之请求金额应减为311.6536万元（3462818×9/10=3116536）。故原告减缩请求被告给付100万元，及自起诉状送达之翌日（即八十五年十二月七日）起至清偿日止，按年息5%计算之利息，为有理由，应予准许。

据上论结，本件原告之诉为有理由，依民事诉讼法第78条，判决如主文。

中华民国87年1月2日

民事第六庭法官蔡惠如

正文系照原本作成

如对本判决上诉，须于判决送达后20日内向本院提出上诉状。

中华民国八十七年一月七日

书记官黄幸珍①

台湾高等法院民事判决八十七年度上字第151号“肩难产案”（节选）

本件被上诉人系依消费者保护法第7条规定，请求上诉人负损害赔偿责任，本件审理重点即在于：医疗行为是否为消费者保护法规范之对象？是!!

理由：

所谓“消费”，依其文义乃相对于生产而言，故指除生产外为满足生活目的之活动，易言之，凡是基于求生存、便利或舒适之生活目的，在食衣住行育乐方面为满足人类欲望之行为，均属消费行为。医疗行为之本质在于提供专业技术及服务，自提供医疗服务者观之，固与商品无关，为消费者之安全或卫生有莫大关系，自接受医疗服务者观之，乃属于人类基于求生存之生活目的，为满足人类欲望之行为，其为以消费为目的而接受服务之消费者甚明。消费者保护法第二、三、四、七、八及九条之规定，均将“服务”与商品并列，视为对等之规范标的，并不限与商品有关。上诉人主张应限于具商品交易性质之服务而言，已属无据。又消费者保护法及施行细则固均未就服务之具体内容加以定义，惟自消费者保护法第7条第1项规定可知，所谓服务应系指非直接以设计、生产、制造、经销或输入商品为内容之劳务供

① 《台湾台北地方法院民事判决/八十五年度诉字第五一一五号 医院之使用人就肩难产之发生虽无过失，然微诸民法及消费者保护法规定，医院仍应负连带赔偿责任》，载《月旦法学杂志》1998年第5期。

给，且消费者可能因接受该服务而陷于安全或卫生上之危险者而言；因之，本质上具有卫生或安全上危险之医疗服务，自有本法之适用。另参照八十五年十二月三十一日行政院函颁实施之中华民国行业标准分类，医院系归类于社会服务业中之医疗保健服务业，可见医疗行为系服务之一种，当无疑义，而消费者保护法施行细则于八十三年十一月二日公布施行，亦未将医疗行为排除在外，足证自法律明文规定，并未将医疗行为排除在外。

消费者保护法第2条仅就“消费者”乙词定义为以消费为目的而为交易、使用商品或接受服务者，固未就“服务”加以任何定义，然解释法律条文之文义，宜依其立法理由、目的探求真义。消费者保护法第一条即明确揭示其立法目的在于“保护消费者权益，促进国民消费生活安全，提升国民消费生活品质”；第二章关于消费者权益并特设健康与安全乙节，明定提供服务之企业经营者应确保其所提供之服务，无安全或卫生上之危险，以及为警告标示等义务；寻究原因，乃近年来经济快速发展，科技进步，商品日新月异，服务类型遽变，现行民法及相关法律已无法涵括多样多变之消费形态，及规范消费者与企业经营者所发生之法律关系，为提高消费品质，维护消费安全，特制定消费者保护法以为规范。依此立法之目的，则以提供服务为营业者，不问其服务之具体内容是否与商品有关，均属消费者保护法所规范之对象。况人之一生，生老病死，几乎无可免于接受医疗服务者，医疗服务行为既与生命、身体、健康息息相关，为达上开立法目的，自应受消费者保护法之规范。

医院诊所对“危急”病人负救治义务，医师对“危急”病症有强制诊疗义务固为医疗法第43条、医师法第21条所明定，且医疗费用收取标准亦系由主管机关核定，堪认医疗专业服务不若商业或一般服务业之营利性质；惟此等有关医疗行政之规定，乃基于生命及身体健康无价，而医疗行为与人之生命、健康密切相

关之特殊本质，在于加重提供医疗服务行为者之责任，上诉人凭以为减轻其责任之依据，自非可取。况消费者保护法第 2 条第 2 款所称之营业，并不以营利为目的者为限，复为施行细则第 2 条所明定，自不得以企业经营者有无营利性质为是否适用消费者保护法之判断。

再者，医疗服务之目的在于治疗，于诊断或治疗之过程中，无法确保“无安全或卫生之危险”，具有医疗不确定性及危险性，一旦有误，损害甚钜，因此，提供医疗服务者需负有更高之注意义务，自不待言；且消费者保护法施行细则第 5 条对于法律条文所称“安全或卫生上之危险”定有明确之认定标准，已限缩无过失责任之范围，至于医疗过程中可能发生不可控制之变量，若符合施行细则第 5 条之认定标准，自可排除无过失责任之适用；上诉人以医疗服务行为本身之不确定及危险性，推论与消费者保护法所规范之服务目的不兼容，显非的论。至若医师为规避无过失责任之危险，而采取拒看危险病人、不再尝试无完全把握之手术或增加许多不必要之检查、检验、治疗或手术而造成医疗资源之浪费及医疗费用之高涨，究属异常。医疗行为既攸关人类最宝贵之生命及身体健康，提供医疗服务者岂可不予尊重珍惜，善尽预防及避免危险发生之注意义务，如因此罔顾病人权益，任意增加社会成本，显违背社会大众之期待。

综上，医疗行为应属消费者保护法所称服务之范围，上诉人所辩称医疗行为服务非消费者保护法规范之对象，并无可采。至消费者保护法未规定服务之具体内容，致多所争论，立法是否有可议之处；医疗院所是否可调整医疗费用，以及采取保险或补偿基金之方式妥适分配医疗风险等，均属立法裁量之范畴。

次按从事提供服务之企业经营者应确保其提供之服务无安全或卫生上之危险，消费者保护法第 7 条第 1 项定有明文。所谓“安全或卫生上之危险”，依消费者保护法施行细则第 5 条之规

定，系指服务于提供时，未具通常可合理期待之安全性，且未符合当时科技或专业水准者而言。是否具备通常可合理期待之安全性，则应以提供服务当时之“科技”及“专业”水准，以及符合社会一般消费者所认知之期待为整体衡量。又服务具有危害消费者生命、身体、健康、财产之可能者，企业经营者应于明显处为警告标示及紧急处理危险之方法，亦为同条第2项所明定，在提供医疗服务提供者而言，即系对于接受服务者，有说明之义务。被上诉人主张因×××医师未注意向其母×××说明及注意各种产前检查之讯息，亦未能安排一切确保生产安全之服务，致发生肩难产而使被上诉人受到右臂神经丛拉伤，请求上诉人为损害赔偿等语；上诉人则辩称：肩难产乃无法预测之危险，其所提供予被上诉人之服务已具通常可合理期待之安全性，且符合当前医学认知及业界常规，自无安全或卫生上之危险，依法不负任何赔偿责任云云，然依消费者保护法施行细则第6条规定，自应由上诉人就其所提供之服务符合当时科技或专业水准，且已充分说明之事实负举证责任。经查：

所谓“肩难产”乃医学专有名词，其定义为在胎头分娩出之后，胎儿前肩无法自然娩出或在接生者平稳的牵引下也无法顺利娩出的紧急状况，依84年6月15日国立台湾大学医学院附设医院司法机关查询病例资料会签意见表及行政院卫生署医事审议委员会84年12月14日鉴定书所示，固均认（肩部难产在产科学上有时是不可预测的，现今医学认为肩难产是个不可预知的，无法完全预防的紧急状况）；惟上开鉴定报告同时指明，容易造成肩难产的产前因素有：……被上诉人之母×××之体重则显然过重，依其前次检查之资料，尿糖亦有异常情形，尚待进一步检验，凡此发生肩难产之危险因素，依妇产科之专业知识及一般科技水准，自可预测×××生产时发生肩难产之几率极高。按孕妇为各项产前检查，生产顺利，一般而言，除紧急状况外，均会指

定负责医师为其产检及接生，因而与医师间建立相当特殊之信赖关系，则负责医师就产前检查所显示之各项讯息，自有向其为完足说明之义务。兹查，×××医师对×××之血糖情形未追踪检验，确认其有无糖尿病，已有疏忽；在×××5次产前检查时，亦未向伊说明其具有发生肩难产之危险因素及本件采自然生产发生肩难产之几率，对胎儿可能肇生受伤或死亡之影响，致令伊无选择采用剖腹产或其他手术以防止难产发生之机会，亦无从在产前另在其他医院检查，寻求其他意见或建议，藉以审慎评估采取何种生产方式为当，直至在产床上，胎儿头已娩出，始不得不接受后中位骨盆真空牵引之助产方式，造成被上诉人右臂神经丛拉伤，上诉人所提供之医疗服务显欠缺通常可合理期待之安全性……在客观上亦有相当因果关系。至被上诉人之母×××入院时虽曾签署生产同意书，惟该同意书为一定型化书面，是否签署同意书与医院是否善尽告知分娩、手术等一切相关事项之义务，并无必然之关系。且依医疗法第46条规定，医院在实施手术时，除应取得病人等之同意，签具手术同意书外，在签具之前，医师应向其本人等说明手术原因、手术成功率或可能发生之并发症及危险，在其同意下，始得为之。消费者保护法第7条第2项复规定，服务具有危害消费者生命、身体、健康、财产之可能者，应于明显处为警告标示及紧急处理危险之方法，此处所称之警告标示，在医疗服务之情形，系指医院之说明义务。故医院提供医疗服务所应尽之说明义务，并非仅以形式上签署同意书为已足，更应有充分的告知说明，使病患了解所有对其作成决定有重大影响的信息，有权决定是否接受特定的医疗行为，违反者即构成医院说明义务的违反。

……原法院审酌上开情事，认被上诉人丧失劳动能力程度之比率为69.21%，并参酌被上诉人之年龄、日后发展可能状况等，认为劳动年数应自被上诉人年满20岁起算至60岁（劳动基

准法规定之强制退休年）止，共计 40 年，洵属适当。又计算被害人丧失或减少劳动能力之损害，固应以被害人之所得额及专业知识技能为评价资料，惟因被上诉人目前仍为幼童，并无此项资料足供参考，故被上诉人以 85 年国民平均所得 32.0603 万之 1/2 为计算之标准诚属相当。综上所述，被上诉人主张其减少劳动能力之年损害额为 16 万元，则因减少劳动能力一次给付之赔偿总额，依霍夫曼计算法扣除中间利息（法定利率年息 5%），被上诉人所受减少劳动能力之损害为 346.27818 万元〔160000×21.64261512（年别单利 5%复式霍夫曼系数）=3462818〕；是则，被上诉人请求上诉人赔偿 100 万元，即自起诉状缮本送达之翌日起至清偿日止，按年息 5%计算之利息，为有理由，应予准许。①

① 《发生医疗纠纷时可以采取的法律救济途径》http：//vereine．freepage．de/taiwan/0500－2．htm。

第十一章　生命权的法理分析

——陕西省汉中安乐死案

从某种意义上讲，法律权利就是一种法定的自由，即一个人从事无害于社会和他人利益的行为的自由。一般而言，法律权利总是伴随着社会的发展和进步而逐步扩大和增多的。前述几个案例，已经向我们充分展现了个人权利的发展变化，反映了法律对个人权利的充分保护。但是，在今天，行为的社会危害性有没有一个绝对的标准？公民能否真正从事一切无害于社会和他人利益的行为？还有，过去在法律上被禁止的行为随着社会的发展能不能变成公民的合法权利？就部门法而论，公民有无“求死权，”安乐死是否具有刑法意义的社会危害性？自法哲学层面以言，当下现实提出合法化要求的安乐死，是一种国家权力，还是一种公民权利？安乐死合法化问题是一个宗教、信仰问题，还是一个世俗权利问题？其判定标准为何：是以人为目的，还是一切为了科学技术的发展？是实定法，还是超实定法？这正是最后一个案例——安乐死案，向我们提出的问题。

1986年，身患“肝硬变腹水”的陕西妇女夏素文，因痛苦难忍，在其子女要求下，医生给其注射了复方冬眠灵，不久即死亡，由此引发了长达6年的马拉松式的艰难诉讼，最后以被告被无罪释放而告结束。但是，这一案件的两审判决并不是对安乐死合法性的承认，而是对安乐死问题的回避。安乐死在国际社会已经争论了七十余年，迄今尚无定论。目前将安乐死合法化的国家

也为数不多。因此，对于此一被认为是“困扰人类最大难题之一”的安乐死问题，人们还将继续争论下去。但是，这决不是一种无谓的争论。安乐死不管最终是被承认或者是被否认，都反映着人类的某种法律价值追求。人类正是对法律存在着种种价值追求，并且不断地将自己的价值理想倾注于法律之中，或者总是努力使法律趋近于人类的价值理想，才推动了法律不断步向文明。

一、案情介绍：全国首例安乐死案

陕西省汉中市59岁的妇女夏素文1984年10月被医院诊断为“肝硬变腹水”。1986年初，夏病情加重，腹胀伴严重腹水，反复发作昏迷。1986年6月23日，夏病危，被其子女送往汉中市传染病医院住院治疗。该院肝炎科主任、主治医师蒲连升经检查发现，病人面色灰白，骨瘦如柴，腹大如鼓，脐部有一拳头大包块突出，双下肢溃疡渗出流水，股部生有褥疮……蒲作出诊断如下：（1）肝硬变腹水，肝功能代偿期并低蛋白血症；（2）肝性脑病（肝肾综合征）；（3）渗出性溃疡并褥疮Ⅱ～Ⅲ度。鉴于病人以上情况，医院在其入院当日就给患者家属发了病危通知书。后经常规治疗，病人症状稍有缓解，但夏仍感到疼痛难忍，在神志清醒时，多次试图挣扎着要往床下滚，说：“我难受得很，让我摔死算了。”

6月25日上午，夏素文的儿子王明成和其妹向主管医生蒲连升询问其母病情，蒲连升说对夏治疗无望，并向他们介绍了国外使用“安乐死”的情况。6月27日，夏素文病情加重，烦躁不安，时有惊叫。值班医生注射了10毫克安定后方入睡。6月28日上午8时左右，院长雷某带领医护人员查房，夏仍昏睡未醒。查房结束时，王明成问院长其母是否还有救，院长摇了一下

头说："病人已是晚期，现在不行了。"王明成说："既然我妈的病没有救，能不能采取措施，让她免受痛苦。"院长说："不行，在国外，对绝症可以进行所谓'安乐死'，但我国没有立法。你们不治了就把病人拉回去，在医院坚决不行。"当天上午9时左右，王明成和妹妹王晓玲来到主治医师蒲连升的办公室，要求蒲大夫行行好，为其母实施安乐死。蒲连升先是不同意，后因王明成和其妹一再要求，并表示愿意承担一切责任，蒲连升便先给夏素文办理了出院手续（实际未出院），后给夏素文开了"复方冬眠灵100毫克，肌注"的处方。处方上注明："家属要求安乐死"。王明成在处方上签有"儿子王明成"字样，以表示对该行为负责。护士长接到处方后，一面指示当班护士不能打，一面找蒲连升说："这个医嘱不能执行！"蒲连升便强令在该院的实习生蔡某给夏素文注射。蔡借排空气之机，将部分药水推向地面，实际推入夏素文体内只有75毫克。蒲连升下班时对接班医生李某说："如果夏素文12点钟不行（指还没有死），你再给她打一针复方冬眠灵。"李某回答："可以。"当日下午1时至3时，王明成和其妹见母亲未死，两次去医生办公室找值班医生李某，李某去病房看了夏素文后，又开了100毫克复方冬眠灵，由值班护士做了注射。6月29日凌晨5时，夏素文的心脏停止了跳动。6月30日，她的4名子女将其安葬。

夏素文死亡后，王明成的大姐、二姐为了让医院赔偿其母的医疗费用和埋葬费用找了院长，院长让他们向检察机关控告。7月3日，两人向汉中市公安局、检察院控告蒲连升故意杀人。汉中市公安局遂对此案立案侦查，并于9月20日以故意杀人罪将蒲连升、医生李某、王明成及其妹四人收容审查。王明成的两个姐姐见其弟和其妹被收审，颇感后悔，多次要求撤诉，但公安和检察机关以此案属于公诉案件为由拒绝了。同年12月20日，公安机关对4名被告人解除收审，转为取保候审。

1987年3月31日，汉中地区医疗事故鉴定委员会对夏素文的死因做了鉴定，鉴定认为：夏素文的死因与病变本身和冬眠灵的作用两者兼有，其中冬眠灵则更快促进了病人的死亡。汉中市公安局据此鉴定对蒲连升王明成等4人以故意杀人罪向市人民检察院提请逮捕。汉中市检察院于同年9月以故意杀人罪将蒲连升、王明成批准逮捕，并于1988年2月8日向汉中市人民法院提起公诉，对另外两人则免予起诉。1990年3月15日至17日，汉中市人民法院依法对该案进行了3天公开审理，公诉人指控蒲、王两被告人犯有故意杀人罪。法庭上，两被告的3名辩护律师均为被告人作了无罪辩护。1991年5月17日，汉中市人民法院作出一审判决，依法宣告两被告无罪。但是，一审判决又认定"两被告人的行为显属剥夺公民生命权利的故意行为"，只是因为"情节显著轻微，危害不大"才"不构成犯罪"。这引起了公诉机关的抗诉和两名被告人的上诉。然而，二审法院在经过了一年的审理后，于1992年6月25日作出终审裁定，驳回了汉中地区检察院的抗诉和上诉人的上诉，维持原判。轰动全国的首例对簿公堂的安乐死杀人案，经过了6年马拉松式的艰难诉讼后，终于画上了句号。①

二、法庭交锋与法院裁决

检察院认为，被告蒲连升身为主治大夫、肝炎科主任，违背医疗原则，故意使用慎用或忌用药物，并强令实习生注射、指示

① 参见郭自力：《生物医学的法律和伦理问题》，北京大学出版社2002年版，第83～89页；高崇明，张爱琴：《生物伦理学》，北京大学出版社1999年版，第131～133页；冯建妹：《现代医学与法律研究》，南京大学出版社1994年版，第70～73页；首招勤：《我国首例"安乐死"庭审纪实》，载《法律科学》1990年第3期等。

值班医生继续使用该药。被告王明成不听医院领导劝阻，执意要求对其母实施违背我国法律的所谓安乐死。两被告在主观上有非法剥夺他人生命权利的故意，客观上实施了促进病人死亡的行为，且这一行为与患者的死亡结果之间具有必然因果关系。因此，两被告的行为符合我国《刑法》第 132 条规定的基本特征，构成故意杀人罪。

起诉书进一步指出，故意杀人罪是指故意非法剥夺他人生命的行为。其主要特征是：（一）该罪侵害的客体是他人的生命权利。不管这个人的生活能力如何，即使是先天痴呆的人，或生命垂危的病人，只要是有意杀害，即构成本罪。（二）该罪在客观方面表现为非法剥夺他人生命的行为。其方法可以致人极度痛苦而死，也可以使人安然无息而亡。但不论何种手段或方法，只要非法剥夺他人生命，均可构成本罪。我国刑法理论着重阐述，经被害人同意，甚或是为了解除被害人的病痛而剥夺其生命的行为，也是我国刑法所不允许的。（三）该罪在主观方面必须是故意的。不同的杀人动机，对构成故意杀人罪并无影响。被告蒲连升违反了诊疗规范、常规使用的冬眠灵加深了患者的昏迷，促进了患者的死亡。

公诉人更进一步强调，我国刑法的重要任务之一，就是保护公民的人身权利不受非法侵害，只要公民一息尚存，其人身权利便应受到法律保护，两被告非法剥夺夏素文一定期限的生命权利的行为，具有严重的社会危害性，也是对我国法律的公然践踏。如果对被告这种故意的、非法的剥夺他人生命权利的行为不依法制裁，就会给人们思想造成混乱，使犯罪分子以“安乐死”为手段，虐杀老弱病残。安乐死的合法化，只能由国家通过立法，建立严格的控制程序。在现今的中国，任何人对他人实施“安乐死”，都是违法的，都应当受到法律的追究。

起诉书也根据具体案情建议：法庭对被告量刑时可以从轻处

罚。

对此，辩护人提出如下抗辩：

第一，"夏素文的死因，完全是由于疾病本身，即肝硬化晚期，肝细胞高度衰竭，最后并发肝性脑病所致。夏的死与冬眠灵之间，并没有必然的因果关系。"

第二，两被告的主观目的只有一个，即为了减轻病人的痛苦。"何况解除病人的痛苦本来就是医生的职责，一个医生在自己的职责范围内工作，何罪之有？"而且，权威医学资料显示："冬眠灵对肝功能有损害者应'慎用'，而并不是'忌用'或'禁用'"，所以，被告蒲连升在职务行为上也没有违反诊疗规范、常规。

第三，安乐死无罪，更不等于故意杀人罪。因为"我国的现行法律虽未对安乐死作出认可，但也没有明文禁止"，而且，"这种行为不具有社会危害性，甚至对社会有利。从刑法总则第10条规定的犯罪定义来看，犯罪必须同时具备三个最基本的特征，即：社会危害性、刑事违法性和应受惩罚性。在这三个特征中，行为的社会危害性，是犯罪的最基本和最本质的特征，是区分罪与非罪的最重要标志。我国的法律并没有制定安乐死是犯罪的规定，所以后两个特征——刑事违法性和应受惩罚性就无从谈起"。另外，"我国法律规定，犯罪必须同时具备犯罪的客体、犯罪的主体、犯罪的客观方面和犯罪的主观方面四个构成要件。这四个方面的构成要件缺一不可，缺一便不能构成犯罪。'杀人罪'在主观构成要件方面则必须具有'杀人'的故意，才能构成"，由于本案两被告主观上没有丝毫的"杀人"故意，怎能构成"故意杀人罪"呢？

第四，本案在侦查、公诉和审判三个阶段，"共有8个方面违反了法律程序"，其中，"主要违反了《刑事诉讼法》第25条、90条、40条、92条、97条、48条、125条以及国务院1980年

2月29日56号文件的有关规定"、"这些都严重地损害了当事人的合法权益"。

法院经过审理认定，夏素文长期患病；夏素文的主要死因是肝性脑病；死者在被使用慎用药复方冬眠灵175毫克的正常范围内，在用药后没有与冬眠灵药物相吻合的症状，冬眠灵加深了患者的昏迷程度，促进了死亡，但并非死亡的直接原因（采陕西省高级人民法院法医鉴定）。最后，在经过了一年多的争论、讨论之后，法院作出一审判决：被告人王明成在其母夏素文病危难愈的情况下，产生并且再三要求主治医生蒲连升为其母注射药物，让其无痛苦地死去，其行为显属剥夺其母生命权利的故意行为，但情节显著轻微，危害不大，不构成犯罪。被告人蒲连升在王明成再三请求下，同其他医生先后向重危病人夏素文注射促进死亡的药物，对夏的死亡起了一定的促进作用，但其用药量属正常范围，不是直接造成夏死亡的原因，其行为亦属剥夺公民生命权利的故意行为，但情节显著轻微，危害不大，不构成犯罪。依照《中华人民共和国刑法》第10条和《中华人民共和国刑事诉讼法》第11条之规定，判决被告人蒲连升、王明成无罪。

一审宣判后，公诉方立即提出抗诉。被告人蒲连升和王明成也因不能接受判决书的"安乐死属于故意剥夺公民生命权利的故意行为"之认定，当庭提出上诉。被告蒲连升认为自己无罪。他说，病人夏素文是必死无疑的，他是在履行医生的神圣职责，减轻病人的痛苦，不但没有社会危害性，对病人、家庭及社会都是有益的。被告王明成也认为自己无罪。他的证人证明，他对母亲非常孝顺，他是在母亲痛苦不堪，经常昏迷，并表示宁愿择死而不愿受这罪，而且医院已发病危通知书的情况下，为减轻母亲痛苦，作为家庭代表向医院提出安乐死要求的。

不过，检察院和两被告的意见都没有被二审法院所采纳。汉中地区中级人民法院以相同理由驳回了检察院的抗诉和被告的上

诉。

三、本案焦点问题及其分析
——以部门法为思考范围

（一）刑法：安乐死的社会危害性与刑事违法性问题

本案判决书对两被告行为的定性是：显属剥夺公民生命权利的故意行为，但情节显著轻微，危害不大，不构成犯罪。

既剥夺了公民的“生命权利”，又“危害不大”，这显然自相矛盾，难以自圆其说。难怪该判决一经宣布，公诉方便提出抗诉，被告方即提出上诉。同时，它还受到来自社会各界（特别是新闻界）的激烈批评。

问题的症结在哪呢？

仅就现行体制而论，人们提出诸如此类的指责不是没有道理的。因为这样的判决确实在一定程度上构成了对现有法律系统逻辑自洽性的破坏。不过，倘若我们超越现行体制，将各种背景要素充分地纳入我们的视野，我们就能理解在特定的历史条件下如此判决的合理性，就能理解本案司法者的“难处”及其用心良苦。

在本案中，司法者（尤其是最高人民法院）对“安乐死”这一新型“难题”是比较重视的。1988 年 9 月 22 日，最高人民法院刑一庭给陕西省高级人民法院电话批示：“汉中市人民法院受理的蒲连升杀人案，经最高人民法院讨论决定：……鉴于本案是一个新的类型，法律尚未规定，须慎重处理，请在一审宣判处理之前将处理意见呈报我院，最高人民检察院也同意上述意见。”一审开庭审理后，按照最高法院的指示，汉中市人民法院于 1990 年 3 月 28 日写出审理报告，汉中地区中级人民法院于 1990

年 3 月 28 日写出审理报告，省法院于 1990 年 8 月 7 日给最高人民法院写了报告。最高人民法院于 1991 年 2 月 28 日批复陕西省高级人民法院："你院请示的蒲连升、王明成故意杀人一案，经高院讨论认为：'安乐死'的定性问题有待立法解决，就本案的具体情节，不提'安乐死'问题，可以依照刑法第 10 条的规定，对蒲、王的行为不做犯罪处理。"

事实上，现实向法学提出的安乐死是否应当和可以合法化问题[①]，原本就不应该是由司法者回答的问题。如果一定要司法者回答，那是"强人所难"——遗憾的是，这种"强人所难"的事在现行体制下却时常发生，本案就是其中一例。本案法官们不得不在既定的法律制度内尽其所能寻求问题的妥善解决。从长达 6 年多的漫长司法"博弈"（其中的许多程序违法问题被辩护人大加抨击）到宣判后的社会反响，本案的法官们"走"得很不容易：他们回答着本不该他们回答的问题，遭受着本不该他们遭受的责难。对此，人们应该给予更多的理解和宽容——毕竟在当时特定的法制条件下，本案的司法者通过"处理"将案子"做"成了"不构成犯罪"。

作为案子，本案的法官们可以交卷了。但作为问题，所有法律界人士、特别是研究者和立法者的答卷工作还只能是刚刚开始。实际上，问题的根本症结还在立法上，而立法上安乐死法化的法理念障碍又不能不追溯到传统的刑法理念。

通观世界各国刑法，其对犯罪概念的规定，虽形态各异，但不外乎以下三种形式：（1）犯罪的形式概念，（2）犯罪的实质概念，（3）犯罪的形式概念和实质概念兼采。鉴于封建社会刑罚的随意性和残暴性，资产阶级在夺取政权后，出于保障公民自由、平等与人权考虑，强调是否构成犯罪，要以行为是否违反刑法为

① 我们认为，仅就中国而论，主动结束恶劣生命的权利要求与现行法律的冲突，才是现实向法学提出的真正"安乐死问题"。

依据，构成犯罪的只能是行为不能是思想。于是，几乎所有法治先发国家的刑法都采用形式主义的犯罪概念——刑事违法性是每一具体犯罪行为的共项，而作为所有犯罪行为的抽象——犯罪概念，也必然认为犯罪是违反刑法的行为。犯罪的形式概念将犯罪行为与其他违法行为相区别，以“明示国家刑罚权之界限，而使刑法具有保障功能……”①。

前苏联建国后，出于当时的政治需要并受特定的法律意识形态影响，其刑法典将社会危害性引入到犯罪概念中——开始是纯粹的实质概念，如 1922 年《苏俄刑法典》第 6 条②；以后逐渐演化为形式与实质兼顾的犯罪概念，如 1960 年《苏俄刑法典》第 7 条③。这一形式与实质兼顾的立法理念逐渐为其他社会主义国家所接受，如中国④，前南斯拉夫等。

形式与实质兼顾犯罪概念立法例的负面效果之一就是：在司法中出现“公说公有理，婆说婆有理”。如本案中，检察方面认为“被告非法剥夺夏素文一定期限的生命权利的行为，具有严重的社会危害性”，应当依据刑法分则予以制裁；辩护方面“用刑法总则的原则来解释”，主张自己无罪；而最后法院根据刑法总

---

① 林山田：《刑法通论》，三民书局，1986 年版，第 62 页。

② 1922 年《苏俄刑法典》第 6 条规定：“威胁苏维埃制度基础及工农政权向共产主义过渡时期所建立的法律秩序的一切危害社会的作为或不作为，都认为是犯罪。”

③ 1960 年《苏俄刑法典》第 7 条规定：“凡本法典分则所规定的侵害苏维埃的社会制度和国家制度，侵害社会主义经济体制和社会主义所有制，侵害公民的人身权、政治权、劳动权、财产权以及其他权利的危害社会行为（作为或者不作为），以及本法典分则所规定的其他各种侵害社会主义法律秩序的危害社会行为，都认为是犯罪。”

④ 我国 1979 刑法第 10 条规定：“一切危害国家主权和领土完整，危害无产阶级专政制度，破坏社会主义革命和社会主义建设，破坏社会秩序，侵犯全民所有的财产或者劳动群众集体所有的财产，侵犯公民私人所有的合法财产，侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利，以及其他危害社会的行为，依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪；但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。”

1997 年修订后的刑法第 13 条规定：“一切危害国家主权、领土完整和安全，分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度，破坏社会秩序和经济秩序，侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产，侵犯公民私人所有的财产，侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利，以及其他危害社会的行为，依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪，但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。”

则的犯罪概念又作出“显属剥夺公民生命权利的故意行为，但情节显著轻微，危害不大，不构成犯罪”的判决。这种状况，用辩护律师张赞宁先生的话说，就是“刑法的分则与总则在打架”。

如果说这样的局面在79刑法的前提下尚有其存在的合理性，那么，在1997年刑法已经明确规定罪刑法定原则之后，就再也不应当存续下去了。

有论者对本案评论说，“如果脱离社会危害性仅从形式的方面考虑行为的违法性从而将该行为以犯罪论处，确实维护了法律，但付出了牺牲公民个人的生命、自由、财产的沉重代价。”① 问题是，如果一种行为在形式上被立法者列入刑法（分则），那么这种行为就一定是立法者认定有刑法意义社会危害性的行为，这样，所谓“如果脱离社会危害性仅从形式的方面考虑行为的违法性”就是一个假命题。

反过来，安乐死是“具备刑事违法性的行为”吗？如果不具备，那么，它就根本不需要另外一个所谓“社会危害性”标准，由司法者来衡量——因为如果这一类行为被认为社会危害性较大，应该由刑法予以禁止，那立法者就会将其列入现行刑法分则之中；如果没有列入，就可以反推认为这一类行为的社会危害性不够大，不需要刑法禁止，或者它根本就没有刑法意义上的社会危害性。

上述理论的内在逻辑冲突在司法中的运演，必然形成如下矛盾格局：一方面，法院认定被告的行为“情节显著轻微，危害不大”，“不构成犯罪”（即不承担刑事责任）；另一方面，法院又认定被告的行为“显属剥夺公民生命权利的故意行为”，而无合法依据之故意“剥夺公民生命权利行为”，（法院显然不认为被告是合法“剥夺公民生命权利”），没有理由不被认定为“故意杀人”——依照79刑法第132条之规定，故意杀人罪的最低刑罚

① 李立众、柯赛龙：《为现行犯罪概念辩护》载《法律科学》1999年第2期。

是3年有期徒刑①。

可见，要么承认公民享有安乐死的权利；要么，另行专门为"安乐死"致人死亡规定罪名和刑罚，否则，上述的法律逻辑矛盾就不可避免。

（二）宪法和民法：公民有选择"死"的合法权利吗？

上述逻辑矛盾的深层"病"根，仅仅在刑法中找寻尚嫌不够，我们还可进一步于宪法和民法中求之。

《中华人民共和国宪法》第37条规定，中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。第38条规定，中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。《中华人民共和国民法通则》第5条规定，公民、法人的合法的民事权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯。第98条规定，公民享有生命健康权。

这是我国公民人身权利（包括生命权利）在宪法和民法上的渊源。现在的问题是：我们应当如何理解公民的生命权利？

我国民法对财产所有权的进一步说明是：财产所有权包括占有、使用、收益和处分四项权能。以此为参照（尽管以物权与人权作比较，不是非常适切），人的生命权利除了生存所需的一切权能之外，权利主体是否还有"处分"权能？

如果具备此项权能，那么，正承受着巨大痛苦的身患绝症、濒临死亡者，在深思熟虑的基础上，出于真诚的愿望，提出结束状态极为糟糕的"生命"的要求，那就是"生命权利"的另一种行使方式。既如此，谈何侵害他人生命权利？恰恰相反，那正是帮助权利主体更好地行使权利。

如果法定的"生命权利"不应当包含"处分"权能，那是为什么？迄今为止，没有发现令人信服的理由。我国法律的指导思想是马克思列宁主义。也许有读者很关注马克思主义经典作家对

① 79刑法第132条规定："故意杀人的，处死刑、无期徒刑或者10年以上有期徒刑；情节较轻的，处3年以上10年以下有期徒刑。"

安乐死问题的基本态度。本案辩护人引用了恩格斯在马克思逝世后的第二天致他的亲密战友费·阿·左尔格的一段话，结合马克思主义经典作家的总体思想、特别是马克思的最后实际选择，可以认为，马克思主义经典作家不反对人在特定情况下是有“处分”自己生命的权利的。

中国人民大学杨立新教授从民法角度说出的下面这段话，发人深省：

“在过去很长时间里，我国法律界讨论安乐死，似乎就是刑法理论的‘专利’，……说到底，安乐死的实质是一个‘死’的权利问题。它不是或者不仅仅是刑法的问题，更主要的是民法的问题。这就是，作为民事主体的自然人究竟有没有处分自己生命的权利，可不可以选择‘宁静、有尊严’的‘死亡’。……既然人有‘生’的权利，那么，人究竟有没有‘死’的权利呢？对此，人们都会说，人，没有选择‘死’的权利，如果说人有选择‘死’的权利，那就是准许人的自杀行为；更进一步说，如果一个人选择自杀，在请求别人帮助他自杀的时候，也应当提供帮助。如果是这样，这个世界就不会安宁了，就会出现谋杀也可能‘合法’的情况。

“但是，如果将无权选择死亡绝对化，那也将会出现新的问题。那就是，对于身患绝症，濒临死亡，‘生’不再是他的幸福，而是巨大的痛苦的时候，病人选择宁静、有尊严的死亡的愿望，终将无法实现，因而只能忍受‘生’的剧烈痛苦，在痛苦中等待自然到来的死亡，才能够得到最终的解脱。

“这是在保护权利吗？

“如果法律这样保护人的权利，实际上是在让人履行一种承受巨大痛苦的‘生’的悲惨义务。这样的法律，之于人的利益，

究竟有多大的好处?"[1]

这里，杨先生强调了安乐死其实也是一个民法问题（或"更主要的是民法的问题"）——确实，安乐死问题不应当是刑法学的"专利"。不过，在我们看来，民法保护公民的合法的民事权益与刑法"保护人的权利不受非法侵害"，实则是一个问题——一体的两面。实际上，安乐死问题还不仅仅是刑法和民法问题，它也同时更是一个宪法问题，更准确地说，它是整个法律制度必须面对的新型问题。

传统刑法理论一直固守于公民生命权利的"生"的一面，而不愿意承认生命权利还有自由"处分"的一面。这种法在刑事立法和司法中贯彻的必然结果就是：一方面，公民要求（如何保障请求实施安乐死的意愿确实来自患者本人，这是另外一个层面的问题，此处不准备展开讨论）实现"处分"权能，另一方面，司法机关却一定要对其"生"的权能实施"保护"。

我们的刑法是为这种"理念"而存在，还是为活生生的"人"而存在，这是个问题！

综上可见，安乐死问题的求解向度，尚须在立法层面求之。现在，安乐死合法化的呼声很高，可是，因为这一问题牵涉太多复杂的利益价值和思想观念，从法哲学层面对研究对象的联系、整体和基础进行动态的系统研究，就显得尤为必要。

四、法哲学视域中的安乐死合法化问题

自法哲学层面而言，安乐死合法化问题牵涉的思考要素主要有：(1) 当下现实提出合法化要求的安乐死，是一种国家权力，

① 杨立新：《重提安乐死》天涯法网，2002-04-03.

还是一种公民权利？（2）安乐死合法化问题是一个宗教、信仰问题，还是一个世俗权利问题？（3）其判定标准为何：是以人为目的，还是一切为了科学技术的发展？是实定法，还是超实定法？在这里我们将分别探讨如次。

（一）作为公民权利的安乐死与作为国家权力的安乐死

荷兰安乐死法案获通过之后，有论者“把该法案与纳粹德国有计划屠杀残疾成人和儿童的政策相提并论”①。还有人认为，荷兰的“这一法律和德国在1935年采取的做法建立在相同的理论基础上”②。无独有偶，在中国和其他一些国家的安乐死合法化运动中，纳粹德国“安乐死”之惨无人道，亦时常被作为反对理由而端出。然则，当下现实提出合法化要求的安乐死，和已经合法化的安乐死，究竟是一种国家权力，还是一种公民权利？其与当年纳粹德国实施的“安乐死”，是同一性质的东西吗？将此两种安乐死“相提并论”，是否适切？

将此两种安乐死“相提并论”，并不是今人的发明。早在83年前，人类天生不平等理念的信奉者，德国法律学者Carl Binding和医生Alfred Hoche，就曾经以人权或公民权利为幌子，竭力兜售其“毁灭不具生存价值生命”（Vernichtung lebensunwerten Lebens）思想。在他们合著的《授权毁灭不值得生存的生命》一书中，他们首先谈论了一通作为人权或法律权利的自杀权和安乐死权，然后，话语非常巧妙地一转，切入主题：“一条生命是否值得活，不仅取决于该生命对个人的价值，而且还取决于该生命对社会的价值”，“那些不值得活的人患有无法治愈的低能，他们的生活毫无目的，并给其家属和社会都造成了非常困难

---

①《荷兰“安乐死”合法化引起国际强烈反应》，http://www.sina.com.cn，2001-04-12。

②《安乐死之第六日》，http://www.lyfw.net/dispnews.asp?id=724，2002-03-23。

的负担。他们一方面没有价值，一方面却还要占用许多健康的人对他们进行照料，这完全是宝贵人力资源的浪费。”因此，应当授权毁灭那些不值得生存的生命。[①] Binding 和 Hoche 的上述思想，在当时的德国（尤其是在医学界）获得了相当的市场，这为日后走向制度化奠定了基础。

1933 年 1 月，极端的种族主义分子——德国民族社会主义工人党（即纳粹党）上台后，即着手将上述思想制度化，一系列有关优生－种族的法规被制定和颁布：1933 年 7 月，《防止具有遗传性疾病后代法》（即绝育法）被颁布，患有各类精神和肉体疾病的病人被实行强制绝育。1933 年 11 月，《反危险惯犯法》和《安全和改革措施法》颁布实施，授权将反社会者关进国营医院，对性犯罪者实行阉割手术。1935 年 9 月，《帝国公民法》和《德意志血统和尊严保护法》（二者合称纽伦堡种族法）出台，正式在法律上排斥犹太人、吉卜赛人、黑人。1935 年 10 月颁布的《保护德意志民族遗传卫生法》（即婚姻卫生法），要求对整个人口进行甄别审查，防止患有遗传性退化疾病的人结婚。1938 年，以一个残疾新生儿之安乐死为契机，希特勒授权实施屠杀残疾婴幼儿的“儿童安乐死计划，1939 年，希特勒启动屠杀成年残疾人计划。[②] 纳粹德国实施的这种泯灭人性的“安乐死”，剥夺了 600 万人的生命。这使得战后的欧洲人，闻“安乐死”而色变。Euthanasie（安乐死）更成为禁忌，因为 Euthanasie 代表“毁灭不值得生存的生命”。

综观上述理念和做法，笔者认为，纳粹德国实施的“安乐死”，并非公民权利，而是一种国家权力，其理由有三：（1）意志自由是公民权利不可或缺的本质构成要素，申言之，只要是公

---

① （美）亨利·弗莱德兰德著，赵永前译：《从“安乐死”到最终解决》，北京出版社 2000 年版，第 1～31 页。

② （美）亨利·弗莱德兰德著，赵永前译：《从“安乐死”到最终解决》，北京出版社 2000 年版，第 1～31 页。

民权利，权利主体就“可以按个人意志去行使或放弃该项权利，不受外来干预或胁迫。”① 反之，那就不是公民权利。《授权毁灭不值得生存的生命》一书开始谈论的自杀权和安乐死权，确有意志自由属性，但经过置换后的所谓“授权”之“权”，和纳粹政权实际推行的安乐死，已经失去了这一必要的本质构成要素，被施与者不能作自愿选择，亦即，它不再是公民权利了。(2) 他们将授权杀人的权力保留给国家，国家任命（直接授予权力）一个授权委员会，“以作出客观的、专业的评估”，实施安乐死的决定必须以先进的科学知识为基础；实施安乐死的方法必须恰当，并绝对无痛苦，而且只有专家（被委员会授权，间接获得权力）才能动手实施安乐死。② 可见，此种“安乐死”，乃是一种国家权力，其主体不再是公民，而是国家（可以授权）。(3) 实施此一安乐死，不是为了使有关公民（如末期绝症患者），更好地实现权利，而是意使德意志血统更加“纯粹”；其适用对象，也与今日之安乐死殊异。

对于作为公民权利的安乐死，与纳粹德国式的、作为国家权力的安乐死之本质区别，可以概括如下表：

名称科目	作为国家权力的安乐死	作为公民权利的安乐死
信念	“人类是不平等的”	“所有人生来平等”
理论基础、目的	人类遗传理论和种族主义理论，使种族血统更加“纯粹”等	天赋人权理论、充分实现公民权利（生命权的一种行使方式）

① 夏勇：《人权概念起源——权利的历史哲学》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 7 页。

② （美）亨利·弗莱德兰德著，赵永前译：《从“安乐死”到最终解决》，北京出版社 2000 年版，第 1～31 页。

性质	国家权力	公民权利
主体	国家（可以授权）	末期绝症患者（terminally ill patient）等
适用对象	被确定为“没有生存价值的生命”等	已经无法保有基本生命品质的末期绝症患者等
被施与者之意志	不自由（被强制）	自由（可选择）

既然作为公民权利的安乐死，与纳粹德国式的、作为国家权力的安乐死完全异质，那么，前述观点又将两者相提并论，以彼一安乐死之惨无人道，作为反对此一安乐死合法化之理由，其合法性，就不无疑问。

（二）作为公民权利的安乐死与信仰者对创造主的义务

另外一种来自西方宗教界的观点认为，人不是自己生命的主人，惟有赋予人生命又保护生命的上帝，才能决定人的生死。① 而东方一些人，则依据另一种信念——“天道观”提出，生命应顺其自然，生老病死各安天道，安乐死违背天道。这些人依据他们各自信奉的特定理念，也反对安乐死合法化。

此种观点，不无商榷余地。

其一，这仅仅是特定信仰者，如基督徒和“天道观”信奉者，对死亡问题的信念或理念，不能代表全体国民。安乐死应否合法化问题，乃世俗社会有关公民权利的立法问题。它虽然与宗教、信仰有关联，但它主要不是一个宗教、信仰问题。

其二，并非全部基督徒和“天道观”信奉者，都持以上观点。质言之，即便是在同一信仰的内部，不同个体对于相同的教义或理念，亦各有自己不同的理解。以对“生命应顺其自然，生

① 《荷兰“安乐死”合法化引起国际强烈反应》，http://www.sina.com.cn，2001－04－12。

老病死各安天道”理念之理解为例，同为此种理念的信奉者，同样是身患不治之症，有人将其理解为应顺应生命自身规律，安详地回归大自然。另一些人则将其“解读”成：尽现代科技和财力之可能，竭尽全力与死亡相抗，包括依赖先进的医疗器械和药物，继续维持本已失去自主生命能力的所谓“生命”（“人工生命”）。

人工生命与自然生命不同者，在于其完全依赖器械供给氧气、水分、食物或药物等等，不可间断。这种“生命”康复的希望极其渺茫，且“生命”质量极差，同时，其需付出的代价也甚巨——不仅仅是经济上和自身的，还包括精神代价和家人需为此付出的代价等。此种境况，在历次提交给全国人大的、有关安乐死的提案中，都有反映。①

其三，公民有宗教信仰的自由，是合理的，在绝大多数国家也是合法的，某一种宗教的信仰者，或某一种理念的信奉者，依据其确信的信念，选择其存在方式，自无可厚非。但是，一种宗教的信仰者，或一种理念的信奉者，无权要求、甚至强制不信仰此种宗教（或理念）的公民，必须信仰与其相同的宗教，信奉与其相同的理念，选择与其相同的存在方式，包括对生与死的选择。反之亦然。用南非著名医学家巴纳德医生的话说，就是：“我为什么必须为别人的信仰而活？”②

其四，但这不是说，作为基督徒的公民，和“天道观”信奉者的权利不应当被尊重。恰恰相反，安乐死合法化并不会导致对他们的信念（理念）、价值选择的不尊重。如前文所述，当下现实提出合法化要求的安乐死，和已经合法化的安乐死，乃是一种公民权利。既是权利，那就既可以选择行使之，也可选择不行使

---

① 《生得健康 死得“安乐” 荷兰安乐死合法化引发全球争论》，南国早报，2000－12－05。

② （南非）克里斯·巴纳德：《安乐生 安乐死》，中国工人出版社1990年版。

之。自由选择性，是公民权利之根本属性之一，其与国家权力之强制性，殊为不同。既如此，信仰者尽可以按照自己对生命的理解和信念，决定对生死的处理方式。申言之，特定类型安乐死的制度化，不会妨碍信徒们的宗教信仰，以及他们基于特定信仰产生的、对创造主、天等义务的履行。

信仰者对创造主的义务，与作为公民权利的安乐死之区别，试概括如下表：

名称科目	信仰者对创造主的义务	作为公民权利的安乐死
信念	有创造主、天等，人是其特殊的创造，生命的主权属于神	人从动物进化而来，所有人生来平等，生命的主权属于人
理论基础、目的	教义、升入天堂等	天赋人权理论、充分实现公民权利（生命权的一种行使方式）
性质	基于一种信仰产生的特定义务	公民权利
主体	信仰者，如宗教徒等	末期绝症患者（terminally ill patient）等
适用对象	信仰者，如宗教徒等	已经无法保有基本生命品质的末期绝症患者等
被施与者之意志	精神“强制”	自由（可选择）

据上所述，我们认为，作为公民权利的安乐死，与信仰者对创造主的义务之间，并不发生冲突。一方面，教徒不应当、亦无权强迫他人选择与其相同的信仰和生命方式；另一方面，作为世

俗国家的一种公民权利，制度化的安乐死，不会妨碍、甚至取消宗教信仰自由。宗教、信仰生活，与世俗社会日常生活，应当分开。

（三）安乐死合法化问题的判定标准：是以人为目的，还是一切为了科学技术的发展？

还有一种反对安乐死合法化的观点认为，“安乐死有碍于医学科学的发展。只要有生命现象，就有被救活的可能。医学的成功总是建立在失败的基础上的，医学的发展会治愈一些顽症、绝症。从医学发展的历史来看，没有永远医治不了的疾病，医学科学研究的目的就在于揭示疾病的奥秘并逐步攻克之。如果认为不可救治就不去救治，放弃对不治之症的最后抢救和搏击，实施安乐死，将阻碍医学科学的进步和医学科学的发展。”①

此段话何意？指患者应该耐心等待这种“被救活的可能”性（显然是小概率，且遥遥无期），还是指末期绝症患者应当“忍受苦痛至最后一口气”，作为医学科学研究的实验品，为医学科学的发展作出最后的贡献？

活着就有机会，这无疑是对的。问题是，这种机会不是不需要代价的。对末期绝症患者而言，其需要付出的代价至少有：苦痛代价、经济代价、尊严代价等。除了患者本人需要付出上列代价之外，患者的家人在这一过程中也要付出程度不等的代价，诚如全国人大代表王忠诚所说，“现代社会的发达医学，使拖延生命成为可能。在病人强烈要求“尽快离去”的同时，病人家属出于道义、责任，碍于社会舆论等原因，无法接受“安乐死”概念，仍寄望于医院。有些家属甚至向病人隐瞒病情，自身却背负

① 徐宗良、刘学礼、瞿晓敏：《生命伦理学——理论与实践探索》，上海人民出版社2002年版，第260页。

着过重的经济和心理负担。”[1] 患者对于这方面的代价亦不能不考虑。总之，患者需要在机会与代价之间进行权衡——选择安乐死的患者显然或者不愿意忍受极度的苦痛，或者不愿意使家人、亲属产生过度负担（包括留下高筑的债台），或者不愿意付出尊严尽失的代价，或者出于其他考虑，而放弃上述可能但不知是否会出现，以及不知何时会出现的机会。这种代价和权衡显然被以上论者遮蔽了，而这种遮蔽对问题的结论却具有决定性影响。

国家（或社会）似应尊重当事人这种权衡和选择的权利，毕竟他（她）们才是上述代价的直接承受人。国家（或社会）与其一边对末期绝症患者之安乐死请求亮出红灯，一边对其经济困境、身心困境显示出爱莫能助，倒不如授予其进行选择的法定权利，同时尽可能提供有效的经济支持，创造有利的条件，以增加末期绝症患者脱出困境的可能性。后一种处理，与前一种处理相比较，或许更为人道。

在这里，需要明确的是，就科学与人的关系而言，哪一个是最终目的：科学，还是人？质言之，是科学为人服务，还是人成为科学的工具？纯就医学科学以论，“医学科学研究的目的就在于揭示疾病的奥秘并逐步攻克之”，是正确的。但如果将人与医学科学同时纳入视野的话，上述问题的严重性就凸现了。现代医学对于人类健康与福乐的贡献，是有目共睹的；但医学在当今的发展中出现的一种“异化”现象，亦不容忽视，有论者将这种“异化”现象总结为：现代医学似乎拒不承认老化乃至死亡这一无情事实，它向大众灌输的信条是：死亡总是由某一种疾病带来，而医学的任务、医生的职责则在于成功地攻克每一种疾病。正是在这一种思想指导下，现代医学正在与传统医学分道扬镳。传统医学信奉：“治病在人，生死在天——自然规律不可抗拒”

① 《人大代表提议北京率先试行安乐死有专家反对》，http://culture.online.sh.cn/asp/dt.asp?id=698，20030310。

（反映自然、生命的声音）。现代医学信奉："视病情为敌人，必欲攻克而快之。"[①] 于是，无限制地运用现代医疗科技，干预、阻止生命的自然进程，渐渐成为一种医疗常规。

前述反对安乐死合法化的观点，是否亦是此种科学主义理念的产物呢？给无法医治的病人以"好死"，与以"捍卫生命神圣"为名义，要求末期绝症患者"忍受苦痛至最后一口气"的做法，哪一个更合人性呢？——顺便指出，在许多时候，这"最后一口气"还不是患者自然呼吸之"气"。当今的医疗科技，虽然在一些疾病面前表现"失能"，但在维持"这一口气"的能力上，是令人叹为观止的。

病人关心的是自身的健康、福乐和生命的意义，而现代医生却越来越"执著于"攻克每一种（疾）"病"，而具体的、活生生的（病）"人"，却被扬弃或抽象掉了！医患之间在基本信念和思维方式上，变得如此冲突，医疗共同体的和谐关系，今后如何得以维系呢？实堪忧虑。

应该走出这种"异化"思维方式，回到作为目的的人自身，并以此作为安乐死是否应当合法化问题的最终检验标准。

（四）安乐死合法化问题的判定标准：实定法，还是超实定法？

以实定法作为安乐死应否合法化问题的判定标准，其局限性是显而易见的。以全国首例的汉中安乐死案为例，该案判决书对两被告行为的定性是：显属剥夺公民生命权利的故意行为，但情节显著轻微，危害不大，不构成犯罪。依据现行刑法总则的"但书"句，排除了行为人的犯罪和刑罚，可依据刑法分则的、"显属剥夺公民生命权利的故意行为"句，既未排除"剥夺公民生命权利行为"之认定，又不能为之寻找到实定法依据，这就没有理

① 陈蓉霞：《现代医学与死亡》载《人民日报》（海外版），2002-11-1（8）。

由不认定被告行为，是“故意杀人”，而依照行为时刑法（79 刑法）第 132 条之规定，故意杀人罪的最低刑罚是三年有期徒刑。

反映此种局限性的另一范例，是最近发生在广东的安乐死提案被否决事件 。此提案为什么被否决？有论者解释道，“在现有的法律条件下，‘安乐死’可能引致‘故意杀人’”，“在人类对疾病的认识还十分有限的情况下，未经法律许可而结束他人生命，有悖于生存权利的道德准则。”① 现实问题是：安乐死是否应当立法？答曰：“在现有的法律条件下……”，“未经法律许可……”。此评说之病根，亦可于这种局限性中求之。

十分明显，以实定法作为安乐死应否合法化问题的判断标准，无法使法律在满足自身的稳定性要求和应对现实提出的发展要求之间，建立有机平衡，要么，无法及时有效地应答现实提出的新型问题，要么，不能保持实定法律体系的逻辑自洽性。

看来，需要走出实定法，在更广的座标系中建立参照平台。以超实定法标准对安乐死应否合法化问题进行判断，有多重思考方向。除了安乐死定义、分类类型等思考点之外，影响安乐死法律定位的思考要素，尚有习惯、伦理、生命意义、生命质量、人权意义上的生命权、病人知情同意权、隐私权、病人的苦痛程度、求死权、家属或国家经济负担等等。其中，每一项目又可以再分若干细目，作进一步探究。不同层面、角度和细目之间，也具有一定程度的关联性，这又需要研究者运用法哲学整体观、联系观和基础观的方法，将研究对象的联系、整体和基础纳入“精神的视野”，全面思考。

不过，走出实定法标准，不等于说不需要基于现行法律体系、对安乐死合法化的可行性进行整体的思考。比如，现行宪法第 37 条、第 38 条和《民法通则》第 5 条，有关公民人身权利

① 赵中鹏：《“安乐死”是否违宪起争议》载《扬子晚报》，2003－07－23。

（包括生命权利）的规定，在诸如安乐死等新型社会问题出现后，是否需要作重新解释？如是，如何解释？再比如，从刑法角度而言，如果安乐死合法化，是制定一部特别刑法（新法），还是在现行刑法原有条文上进行修改？是在普通刑法上，还是在特别刑法上进行修改？是在刑法总则，还是在分则内修改？还有，有关“出生”定义（亦即“人”的定义）、胎儿与人的区分、死亡定义及标准等现行制度，是否需要作相应调整，如何调整？亦须作全盘考虑。

综据以上分析，笔者认为，作为合法化要求的安乐死，既不是作为国家权力的安乐死，也不是基于一种信仰产生的特定义务，而是基于世俗社会日常生活提出的一种公民权利。安乐死应否合法化问题的判定标准，不宜局限于实定法，但又不能不基于现行法律体系、对其可行性进行整体的思考；生命法应以人为目的。

五、案例资料选编：第一轮辩护辞等

辩护律师简介

张赞宁，1945 年 5 月出生，南昌市第二律师事务所律师（后为江西大华律师事务所律师），曾任江西省社会科学院法学研究所副研究员、副所长，江西省社会科学院社会弱者权利保护中心主任，现任南京铁道医学院法学教研室主任、副教授，中华人民共和国技术合同仲裁员，中国民主建国会会员，全国著名律师。曾办理过多起典型案件，如震惊全国的内蒙“切肝案”、“三万里寻儿”索赔案、湖南彭杰律师“玩忽职守罪”案等等，以敢

打硬仗享誉律师界。其法庭辩论辞以深厚的法学以及其他专业理论为基石，语言表述流畅严谨，具有极强的征服力，表现出一名优秀律师的丰富知识和杰出的辩才。本案中张赞宁担任被告人蒲连升的辩护人，为蒲做了无罪辩护，并获得了极大成功，其精彩辩护轰动舆论界，被国内 100 多家媒体传播。

全国首例“安乐死”杀人案一审第一轮辩护辞
（1990 年 3 月 16 日至 17 日）

审判长、审判员：

我受南昌市第二律师事务所指派，接受被告人蒲连升的委托，担任其辩护人，现本着刑事诉讼法第 28 条规定精神，出庭为被告蒲连升进行辩护。

开庭前，我查阅了案卷材料，会见了被告人，并向汉中市传染病医院有关的知情人员和死者家属做了调查了解，查阅了有关医疗法规及医学科技资料，刚才又听取了法庭对本案的调查、证人证言以及鉴定人对本案的鉴定意见。根据事实和法律，我认为起诉书对被告人蒲连升、王明成犯有杀人罪的指控不能成立。被告人蒲连升等是无罪的。现发表辩护意见如下：

（一）冬眠灵的使用与患者夏素文的死没有必然的因果关系

起诉书认定夏素文的主要死因是肝性脑病。对此，本辩护人没有异议。但是，起诉书认定“冬眠灵仅加深了患者的昏迷程度，促进了患者的死亡”，我认为，缺乏科学和事实依据。

本辩护人认为，夏素文的死因，完全是由于疾病本身，即肝硬化晚期，肝细胞高度衰竭，最后并发肝性脑病所致。夏的死与冬眠灵之间，并没有必然的因果关系。为说明这一问题，有必要将夏的主要病案摘录如下：

1. “汉中市传染病医院肝炎科住院病历”主诉（代）：乏力、

腹胀两年伴腹水加重，间歇性昏迷两月。现病史：1986年5月1日以来神志异常，语无伦次，嗜睡，昏迷呈间歇性发作。门诊以肝硬变高度腹水和肝昏迷Ⅱ度～Ⅲ度收住院（见公安卷二，23页）。住院诊断是：①肝硬变腹水（肝功失代偿期、低蛋白血症）；②肝性脑病（肝肾综合征）；③渗出性溃疡并褥疮Ⅱ度～Ⅲ度（公安卷二，24页）。在病历的“计划治疗”栏目，注明“临终前责任治疗，子女要求从简”，“如发生意外以自动出院论，与院方无关”（公安卷二，24页）。

入院当天上午（1986年6月23日）的长期医嘱单上经治医生即给病人下达了“病危通知”和“留置导尿”的医嘱（公安卷二，46页）。

2.1986年6月28日晚上7时30分，医生的“病情危重，随时都有呼吸、心跳停止的可能”记述（公安卷二，27页）。1986年6月27日的“病程志”上，又再次记述了病人“神志恍惚”，“病危”（公安卷二，28页）。

3.1986年6月23日，汉中市传染病医院护理部的“护理计划”栏中记载症状：乏力，高度腹胀，间歇性昏迷，尿少色深，脐疝，下肢渗出等。一般情况：间歇性昏迷，时常烦躁不安　扑颤（+）。护理计划：①病危通知家属；②密切观察体温、脉搏、呼吸、血压，如有变化及时抢救；③注意瞳孔变化，预防脑疝发生……（公安卷二，30页）。

4.汉中市传染病医院护理部每小时记录一次的“危重病人情况记录（特护记录）”中，均记载有：病人面色灰黄，口唇及唇周青紫发绀，失语，躁动不安。

5.汉中市传染病医院护理部《日夜班报告表》，对夏素文住院5天的病情报告，差不多每天都报告有：病人神志恍惚，精神极差，全身极度衰竭，痛苦呻吟不止，躁动不安，懒言，定向不准确，进食少，高度肿胀，褥疮，散在溃疡，有浓性物渗出等表

现（公安卷二，47页附页）。

6. 除此之外，还有被告人蒲连升、王明成的多次的供述以及大量的证人证言，均已证明了病人夏素文的肝硬化已到晚期，死亡将不可避免。

如：汉中市传染病医院肝炎科护士芦淑蓉在1986年8月1日的证词中说：夏素文6月23日入院，当时交接班时，神志不清，多处褥疮，下肢浮肿，溃烂流水……（公安卷一，238页）。护士陈玉华在1986年8月2日的证词中说：6月27日晚上我接班时，叫夏素文唤不醒，全身溃烂（公安卷一，222页）。夏素文的儿媳吴丽荣在1986年8月24日的证词中说：我18日返回汉中，见婆婆骨瘦如柴，肚子很大，脐很高，往外流水，没法穿裤子，肉一动就掉一块。我喊老太婆，她反应很慢，好半天才认出我来（公安卷一，242页）。被告王明成在1986年8月21日被收审以前的供词说：6月11日我返回汉中，见母亲骨瘦如柴，精神衰弱，大小便失禁。我问母亲时，她已经分不出我是谁，说是晓得吗?（注：晓得，即王晓得，系夏的二女儿）（公安卷一，62页）。死者的小女儿王晓玲1986年9月20日的供词说：27日晚上打了安定针后睡了一个多钟头，我妈又闹，约3~4分钟又昏迷。我妈闹时讲："难受得很，我翻到床底下摔死算了!"（公安卷一，135页）。王明成家请来照料母亲夏素文的保姆吴芝兰在1986年11月16日的证词说：当天，来到夏素文家，见她的肚子肿得挺大，像个怀娃婆，脸黄得像黄裱纸一样，腿肿得流水水，屁股两蛋蛋烂了，有茶缸口那么大，烂得像个精巴子麻雀，整天叫喊："天呐天呐，我这门子难受。"我看到就害怕说要走，给你另找一个人来……4月份夏素文就病得不知道啥了，昏迷4次，把屎尿拉到床上（公安卷三，157页~158页）。以上证词，均有案在卷。这些资料均已说明了一个事实，夏素文患的是肝性脑病，已经是病入膏肓，痛苦难忍。有经验的医生都会知道，她的病发展到这步田

地，离死期也就不远了。所以在1986年6月28日院长雷震甲查房时就向病人家属说，“已经不行了，你们送得太晚了”，“这种病在外国就只有实行安乐死”，并叫家属“把人抬回去”（见公安卷一，214页，卷二，136页、33页）。这表明雷院长已经代表医院正式向病人家属宣判了该病人的“死刑”。

正是在这种情况下，患者的家属才向院长和医生提出了要给母亲夏素文实施安乐死的要求。在家属的再三请求下，经管医生蒲连升与李海华出于对患者及家属要求的理解与同情，才于1986年6月28日上午9时和下午3时，分别开了复方冬眠灵100毫克肌注，立即注射。但是由于复方冬眠灵的实际冬眠灵含量只有50%，加上在注射第一针时又被执行者推掉了1/4在体外，所以实际两次注射冬眠灵的药量只有87.5毫克。这个剂量与《中华人民共和国药典》所规定的800毫克/日的极量相比，是一个很安全的系数。所以，冬眠灵对于夏素文的死，并没有起任何作用。正如陕西省高级人民法院［1990］1号法医学文证审查（死因分析）意见书（以下简称《意见书》）所说的那样：肝硬变“到晚期时，死亡将不可避免”，“从药物毒理方面看，冬眠灵中毒引起死亡者，其作用机理通常是中枢抑制，特别是呼吸中枢抑制，以及血压下降，通常的中毒剂量，首次给药一般应大于100毫克/次，400毫克/日。而夏素文两次接受药物总量仅为87.5毫克。这个剂量比照药典的正常治疗给药剂量（25毫克/次～50毫克/次及100毫克/次～200毫克/日）仍在正常允许范围。还应看到，患者最后一次接受50毫克冬眠灵的时间距死亡时间间隔约14小时，而此时药物的最强作用时间已经过去，结合患者死亡过程中始终没有出现呼吸抑制及血压下降的表现，而患者体温却异常升高，这种表现与冬眠灵的药理作用难以吻合。可见，夏之死并非由此直接引起”。

（二）对陕西省高级人民法院（1990）1号法医学文证审查

（死因分析）意见书的评价

总的说来，《意见书》对本案的鉴定是客观公正的。尤其是在"案情摘要"、"病历摘抄"、"调查补充材料"及"死亡经过"等事实的认定上，是较为全面客观和无可挑剔的。但是《意见书》也存在个别用语不够严谨和以推理代替事实的地方。例如：

1.《意见书》第16页，在分析了冬眠灵对肝脏的毒理作用后，又写道："尽管这样，……对肝功能不全的病人仍应慎用和忌用"。在这里用了"慎用"和"忌用"这样模棱两可的字眼，这在严肃的法医鉴定书上是欠妥的。

如果是"忌用"，即表示绝对不可应用，用了就是违法，即使在用后没有发生任何问题，也应当认作是个医疗差错。而"慎用"则不然，它是因为病情需要，但是用药以后又可能产生某些不良反应，甚至还可能出现危险的情况；因此，必须有医务人员严密观察，这通常是在较保守剂量范围内治疗的一种措施。在这种情况下用药，即使出现了一些不良的药物反应，甚至有生命的危险，但只要医生能及时发现并及时采取措施（如停药、解毒对症处理等），也应认为是允许和无可指责的。可见，"慎用"和"忌用"是两个不同概念，有着本质的区别，是不允许混淆的。

冬眠灵，也叫氯丙嗪、氯普吗嗪、可乐静，是一种强安定剂。许多医学大专院校的教科书，均规定冬眠灵的日常用量是300～600毫克（见高等医学院校教材《内科学》1984年12月第2版841页）。《新编药物学》1985年第12版239页，以及证人李海华提供的江苏科技出版社出版的全国中等卫生学校教材《内科学》（公安卷三，148页～155页），均讲对肝功能有损害者应"慎用"冬眠灵，而并不是"忌用"或"禁用"。而上海医科大学编写的《实用内科学》下册（1986年12月第8版1440页），则更明确地指出："肝性昏迷禁用吗啡"，"氯丙嗪也应慎用"。可见，在我国近年来出版的一些最权威的药物学及临床医学的教科书均

没有将冬眠灵列为肝损者的禁用药物。当然，在过去的一些教科书上，也有对肝损者，尤其是肝性脑病患者应禁用冬眠灵的描述。但我认为，科学是不断发展的，无论是在临床上还是在法律上，均应以最新科技资料为准，而不应当再以过去的资料为依据。

2. 在《意见书》的结论第3点中，出现了“冬眠灵仅加深了患者的昏迷程度”的推断性结论。鉴定人员从前边的“可加深”一语中推断出了“仅加深”的结论。在这里，鉴定人犯了一个“将可能当作必然”的逻辑错误，违背了逻辑学的充足理由律。关于其前提条件必然会推出这种结果的要求，也与《意见书》在前面分析的：病人在临终前的表现“与冬眠灵的药理作用难以吻合”的结论是自相矛盾的。比如说：吃了不符合卫生要求的食品，会使人中毒或生病，这是对的，但是说吃了不洁的食品，必然会生病，这就不对了，因为事实上并不见得每个人（或每次）吃了不卫生的食品都会中毒或生病。若要鉴定某个人的死是不是食物中毒所致，仅凭他是否吃了有毒或不洁的食品这一点是不能认定的，还必须有其他更充足的理由，如血药或毒素浓度的测定和特有的中毒表现等，才能断定该病人的死是否与某种食物有关。

而本案的事实情况是：①两次用冬眠灵均在一个很安全的系数范围内。②两针所间隔的时间前后有6个小时。而该药在体内的有效维持时间也正好是6个小时左右（见《新编药物学》第12版239页）。③第一次用药后，并没有发现有任何不良反应。④在第二次用药后，经过了14小时，病人才死亡。而在这14个小时中，也没有发现病人有任何与冬眠灵中毒相吻合的临床表现。请问，在这种情况下怎能断定“冬眠灵促进了病人的死亡”呢？

因此，本辩护人认为，《意见书》在认定“夏素文的主要死

因是肝性脑病，严重感染不能排除”的前提下，又带上那么一点“冬眠灵仅加深了昏迷程度，促进死亡，并非其死亡的直接原因”的“小尾巴”，实在是既无必要，又毫无事实根据。

在这里，我提请法庭注意：我国法律规定“必须以事实为依据”，决不能以推理为依据，何况这种推理在逻辑上也是错误的。

还必须指出的是：依据法律规定，作为公诉人在向法庭提供证据的时候，必须做到客观全面，既应当提供被告人有罪的证据，也应当提供被告人可以减轻或者无罪的证据。然而，起诉书在引用省高级法医的鉴定结论时，只引用了“冬眠灵仅加深了患者的昏迷程度，促进死亡，并非其死亡的直接原因”中的前半句，并将原鉴定书中的“促进死亡”4个字，改成了“促进了患者的死亡”，并将其后面更重要的“并非其死亡的直接原因”10个字给丢掉了。这样就将鉴定书中的“促进死亡，并非其死亡的直接原因”一句话的完整意思改得面目全非。这是由于疏忽还是断章取义？

（三）起诉书适用法律不当，混淆了罪与非罪的界限

起诉书指控被告人实施了“违背我国法律的安乐死”，其依据是什么？我国究竟制定了什么法律，其中哪一条、哪一款做了安乐死是违背我国法律的规定？请公诉人提供法律依据。

本来在我谈了上述两个问题以后就可以结束我的发言。因为通过对上述问题的叙述，就已经证明了被告人蒲连升等是无罪的，但由于起诉书对于本案被告人犯有“杀人罪”的指控，皆因“安乐死”而引起。尽管我刚才已经用大量的事实证明了病人的死实际上并不是安乐死所致，但如果按照公诉人的逻辑，安乐死就等于是“杀人”的话，那岂不是说被告人还有“杀人”的故意吗？对此，作为辩护人的我不能保持沉默。

我认为，安乐死是无罪的。

我国的现行法律虽来对安乐死作出认可，但也没有明文禁

止。根据我国刑法总则第 10 条的规定，这种行为应该是无罪的。因为这种行为不具有社会危害性，甚至对社会有利。从刑法总则第 10 条规定的犯罪定义来看，犯罪必须同时具备三个最基本的特征，即：社会危害性、刑事违法性和应受惩罚性。在这三个特征中，行为的社会危害性，是犯罪的最基本和最本质的特征，是区分罪与非罪的最重要标志。我国的法律并没有制定安乐死是犯罪的规定，所以后两个特征——刑事违法性和应受惩罚性就无从谈起。

我国法律规定，犯罪必须同时具备犯罪的客体、犯罪的主体、犯罪的客观方面和犯罪的主观方面四个构成要件。这四个方面的构成要件缺一不可，缺一便不能构成犯罪。“杀人罪”在主观构成要件方面则必须具有“杀人”的故意，才能构成。而本案的两个被告人，从他们的主观心理状态来看，没有丝毫的“杀人”故意，怎能构成“杀人罪”呢？从刚才的法庭调查中可以看出，他们的主观动机是非常明确的，无论是家属王明成，还是当医生的蒲连升，他们的目的就是一个，即为了减轻病人的痛苦。如此而已，岂有他哉！何况解除病人的痛苦本来就是医生的职责，一个医生在自己的职责范围内工作，何罪之有？

（四）违反法律程序

1. 在侦查起诉阶段，对于案件的鉴定人员，有应当回避的人，而没有回避。

汉中地区医疗事故鉴定委员会的成员中，鉴定人雷震甲是应当回避的人员，其理由是：①雷震甲是本案的证人（在案卷中有他的 3 份证词）。我国法律规定（《刑事诉讼法》第 23 条、25 条），担任过本案证人的，便不能再担任本案的鉴定人，如果遇有这种情况，该鉴定人员应当自行回避，当事人也有权要求回避。②雷震甲同本案的当事人蒲连升是有某种利害关系的人。关于这点，我在法庭调查中已经要求审判长宣读了（卷五第 75 页）

被告人蒲连升的供词，证实了早在本案发生之前蒲连升就已经检举揭发了鉴定人雷震甲在任汉中市传染病医院院长兼党支部书记期间的一些重大贪污、行贿受贿等问题。这里且不谈蒲连升揭发的这些问题是不是事实（因为它与本案无关），但是蒲连升已经对雷震甲的重大经济问题向上级主管部门和司法机关进行了检举和控告确属事实。这就形成了雷震甲与本案的当事人蒲连升有着某种利害关系，就从这一点看，鉴定人雷震甲也应当回避。根据法律规定，有应当回避的人而没有回避，这样的鉴定结论是无效的。况且，被告人蒲连升在对其侦查过程中，已经就雷震甲应当回避的问题向侦查机关提出过要求（卷三，第60页）。可是，侦查和检察机关却无视被告人的这一正当要求，仍然以这个鉴定结论作为定性和起诉的依据，分别在1987年11月26日移送起诉和在1988年2月8日起诉到法院。这是错误的。

2.《刑事诉讼法》第90条规定："用作证据的鉴定结论应当告知被告人。如果被告人提出申请，可以补充鉴定或者重新鉴定。"可是，汉中市、地两级医疗事故鉴定委员会对蒲连升一案的技术鉴定，却从来都不曾和当事者本人见过面。这就剥夺了当事人有权知道自己究竟犯了什么罪和在侦查起诉阶段的应当享有的辩护权利。

3.用收容措施，非法侵犯了公民的人身权利。

在侦查中，汉中市公安机关分别于1986年9月20日及1987年8月17日，两次将本案的被告人进行收容审查，都是非法的。

国务院1980年2月29日第56号文件《关于将强制劳动和收容审查两项措施统一于劳动教养的通知》明确规定，收容审查的适用对象只有两种：第一种是有轻微违法行为又不讲真实姓名、住址、来历不明的人；第二种是有轻微违法行为又有流窜作案，多次作案，结伙作案嫌疑的人。除了这两种人以外，对任何

人都不能适用收容审查措施。否则，就是非法侵犯了公民的人身权利。对于本案的被告人即使真的犯有“杀人罪”，需要追究其刑事责任，也只能适用《中华人民共和国刑事诉讼法》第6章第38条至第52条的规定，只能采取拘留、监视居住、取保候审或逮捕4种强制措施，而不能采取其他别的什么措施。

还应当指出的是，我国社会主义法制的基本要求是：有法可依，有法必依，违法必究，执法必严。可是，从1986年9月20日至1987年9月29日被告人蒲连升逮捕时为止，曾对被告人两次收容审查，除去中间取保候审的时间，在对本案的被告人非法收容审查的134天的时间里，作为法律监督机关的汉中市人民检察院，对于汉中市公安局的这一违反法律程序的做法，竟然不闻不问，不予以指正，放弃了自己应尽的司法监督职能，这是一种失职行为。

4. 在侦查中逮捕本案的两名人犯是错误的，它违背了《刑事诉讼法》第40条精神。

在刑事诉讼中，逮捕是所有强制措施中最为严厉的一种，所以我国法律对于逮捕的适用对象也作了最严格的规定。《刑事诉讼法》第40条规定，逮捕人犯，必须同时具备3个条件才能施行：①犯罪的主要事实已经查清，而且证据确凿；②可能判处有期徒刑以上刑罚的；③采取取保候审和监视居住，尚不足以防止发生社会危险性而有逮捕必要的。以上3条缺一不可，缺一便不能实施逮捕。这里且不谈本案的被告是否构成犯罪和应受什么样的惩罚，只就不逮捕他们，并不会构成“对社会的危险性”这一点，却是可以肯定的。尤其是一个医生，他与患者夏素文平素无冤无仇，没有任何个人利害关系，只是出于对家属要求的理解与同情，为了解除一个垂死病人在临终前的痛苦而尽了他认为一个医务人员应尽的责任，而对病人实施了安乐死（实际上并未实现）。这样的人对社会究竟有什么危险性呢？如将他放到社会上，

让他取保候审，一边工作，一边接受审查，这对社会不是更有利吗？

5. 汉中市公安机关在对本案的侦查阶段违反诉讼时效规定。

刑事诉讼法第92条规定："对被告人在侦查中的羁押期限不得超过2个月。案情复杂、期限届满不能终结的案件，可以经上一级人民检察院批准延长一个月。"可是汉中市公安局在没有报经上一级人民检察院批准延长侦查期限的情况下，先后两次对被告人蒲连升羁押了192天，其中收审134天，转为逮捕后又羁押了58天，然后才移送检察院起诉，计6个半月，比法定时间超过了4个半月之久。这还不包括取保候审的240天在内。

6. 汉中市人民检察院在对本案进行检察起诉过程中，违反了《刑事诉讼法》第97条关于"人民检察院对公安机关移送起诉或者免予起诉的案件，应当在一个月内作出决定，重大、复杂的案件，可以延长半个月"的规定。从公安机关移送之日起，至决定提起公诉时止，一共用了74天，超过法定时效29天。

7. 任意延长批准逮捕时间。《刑事诉讼法》第48条规定："人民检察院应当在接到公安机关的提请批准逮捕书后的3日以内，作出批准逮捕或者不批准逮捕的决定（卷三，第6、7页）。"可是，汉中市人民检察院在1986年10月17日接到汉中市公安局关于提请逮捕蒲连升、李海华、王明成、王晓玲4名人犯的《报告书》后，到1987年9月17日，才作出了对蒲连升、王明成批准逮捕的决定和对李海华、王晓玲不批准逮捕的决定。从市公安局提请批准逮捕到市检察院批准逮捕或不逮捕的时间，一共用了11个月，计334天，比法定的3天时效，超过了110倍，严重违背了我国刑事诉讼法第48条的规定。

8.《刑事诉讼法》第125条规定："人民法院审理公诉案件，应当在受理后一个月内宣判，至迟不得超过一个半月。"可是，汉中市人民法院自1988年2月8日由汉中市人民检察院起诉到

法院以后，在经过了两年零一个月后的今天，才正式开庭审判。在这两年中，本案的两名被告人继续被羁押了227天后，才采取取保候审的措施，比法定的最高时限一个半月超过了整整半年时间，这还不包括1988年9月23日在解除羁押后，538天取保候审的时间在内。

从1986年7月3日立案至今，历时1349天（计3年零8个半月）。在这漫长的审判过程中，两名被告人先后两次被羁押的期限共达493天（计16个半月）；两次取保候审的期限达778天（计26个月）。本案的案情并不复杂，事实也早已查清。之所以一拖再拖，一再延期对本案的侦查、检察起诉与审判的期限，无非是由于本案的情况特殊，难以定性，需要向上级有关部门层层请示罢了。其实，这样做我认为也是很不妥的，这样做不仅失去了二审的意义，也违背了司法机关独立办案的原则。

综上所述，在本案的审理过程中，在侦查、公诉和审判的三个阶段，均有违反程序的地方。其中主要违反了《刑事诉讼法》第25条、90条、40条、92条、97条、48条、125条以及国务院1980年2月29日56号文件的有关规定。可见，有法不依和不严格依法办事的情况，在本案中是相当突出的。这些都严重地损害了当事人的合法权益。

审判长、审判员，现在让我归纳一下自己的发言。我的发言归纳起来就是5点：

(1) 夏素文的真正死因，完全是由于她身患绝症，即肝硬化晚期，肝细胞高度衰竭，最后并发不可逆转的肝性脑病所致。

(2) 冬眠灵对于本病来说不是忌用药物，而是慎用药物。本案在冬眠灵用量（37.5毫克/次，50毫克/次，共计87.5毫克/日），同《中华人民共和国药典》所规定的800毫克最高日用量相比，是一个很安全的系数，根本不足以引起病人的中毒或死亡，事实上在给药后，也没有产生过任何类似冬眠灵中毒的表

现。因此，冬眠灵与夏素文的死之间，并没有必然的因果关系。

(3) 我原则上同意陕西省高级人民法院［1990］1号法医鉴定书对本案的鉴定结论和它所认定的事实。但是，鉴定结论第三条所述“冬眠灵仅加深了患者的昏迷程度，促进死亡”的说法，是没有任何事实依据的。这是通过推理所得出的结论，但推理是不能作为法律依据的。同时我还认为，在法医鉴定中出现“冬眠灵对肝功能不全的病人仍应慎用或忌用”这样模棱两可的结论，是不妥的。在这个问题上，应当以最新出版的《实用内科学》第8版和《新编药物学》第12版中的规定为准。

(4) 在对本案的侦查、检察起诉和审判过程中共有8个方面违反了法律程序，致使本案的诉讼从立案至开庭共经历了3年零8个半月之久，严重损害了被告人的合法权益。

(5) 严格地说，本案并不是安乐死案件，也不存在什么医疗事故的问题。但就算是安乐死事件，也并不违法。因为安乐死行为不仅不具备社会危害性，而且对社会有利，现在我国也有实行安乐死的提倡。根据刑法总则第10条精神，这种行为不存在社会危害性，因此不能构成犯罪，更不能被指控为“谋杀”。起诉书对安乐死是“违背我国法律”的指控，没有法律依据，应予纠正。

以上5点，归结为一句话就是：被告人无罪。

审判长、审判员，最后我想提请法庭注意，我国的刑法和刑事诉讼法的第1条都明文规定了，我国的法律“是以马克思主义毛泽东思想为指针”的。这是刑法和刑事诉讼法最重要的一条，如果离开了这一条，我们的司法审判工作就会迷失方向，走向歧路。在我的发言行将结束的时候，让我用恩格斯在马克思逝世后的第二天致他的亲密战友费·阿·左尔格的一段话，作为我的结束语吧：“医术或许还能保证他勉强拖几年，无能为力地活着，不是很快地死去，而是慢慢地死去，以此来证明医术的胜利。但

是，这是我们的马克思绝不能忍受的……受着唐达鲁士式的痛苦，这样活着对他来说，比安然死去还要痛苦一千倍……不能眼看着这个伟大的天才像废人一样勉强活着，去给医学增光……”①。

一审二、三轮辩护要点

审判长、审判员：

（一）首先就鉴定人的答辩作几点说明：

1. 对陕西省高级人民法院的法医鉴定，我原则上是同意的。对于这个鉴定结论，我同鉴定人之间没有原则的分歧。我同意王明成的辩护人所说的，由于省高院的这个法医鉴定“才拨开了笼罩本案3年半之久的层层迷雾，使案情真相大白”。为此，作为蒲连升的辩护人，在此向曾经为这个鉴定付出过巨大劳动的鉴定人，表示衷心感谢。

2. 对于冬眠灵的药理及毒理作用，本辩护人并没有对鉴定人提出过异议，而鉴定人却用了大量的篇幅回答这一问题，这是答非所问。我并没有问鉴定人“为什么会发生这种情况”，我问的是病人有哪些事实表现（临床症状），可以证明冬眠灵“仅加深了患者的昏迷程度”，甚至“促进了死亡”。对此，鉴定人拿不出事实来加以证实，就更证明了鉴定人的上述结论是没有事实依据的。在这里，鉴定书仍犯了将“可能性”当作了“必然”的逻辑错误。

这正如链霉素可以导致神经性耳聋一样，对于一个已经是完全性耳聋的人来说，在用了一针链霉素后，你硬说“这一针链霉素又加深了这个人的耳聋”，是难以叫人信服的。本案的情况也

① 《马克思恩格斯全集》35卷，1971年第1版，第458～460页。

同这个例子一样，在没有任何事实的情况下，仅凭有这种药理作用，就得出了“促进病人死亡”的结论，是难以令人信服的。

法律是必须以事实为依据的，既然是“冬眠灵促进了病人的死亡”，那么，究竟是促进了一天还是两天；是一分钟还是一秒钟或两秒钟的死亡？希望鉴定人拿出一个科学的、有说服力的证据（或数据）来。

3. 我说《实用内科学》第8版是目前指导临床最权威的工具书，我这样讲并不过分。据《健康报》报道，它的意义不仅在国内，而且被世界上翻译成了十几种文字，有几十个国家均以它作为指导临床的蓝本。这在国内的医学科技书中，还没有谁享有过这种荣誉！

4. 鉴定人在分析冬眠灵的药理作用时，仅讲了它消极的一面，而没有提到它还有积极的一面。其实，夏素文死前“身体发烫”，说明她基础代谢较高。而冬眠灵的应用，特别是当病人处于亚冬眠灵状态时，可以降低病人的基础代谢率，从而使体内耗氧减少尤其是脑细胞的耗氧量减少。同时，由于整个代谢的降低，又可以降低体内毒素的产生，从而又减轻了肝脏的解毒负担。因此，就有可能延缓患者的死期，延长她的生命。这就是对于有肝损者，为什么仍然可以“慎用”冬眠灵的原因。若不讲明这一道理，那么，今天在座旁听的医务人员，在听了鉴定人的分析后，我相信，今后谁也不敢再“慎用”冬眠灵了，由此而造成的损失将是无法估量的。

5. 根据《刑事诉讼法》第115条和118条规定，鉴定人在庭审中的作用，就是在法庭调查阶段宣读鉴定书和回答被告人、辩护人的提问。法庭调查结束后，鉴定人的任务也就完成了。让鉴定人参加法庭辩论，没有法律依据。因为，如果让鉴定人参加法庭辩论，实际上就等于让鉴定人代替了公诉人的部分职能。这就违背了《刑事诉讼法》第23条关于鉴定人不能担任审判人员

和检察人员的规定，就有可能影响本案的公正审理。因此，我再次请求合议庭复议一次，要求鉴定人在法庭辩论阶段予以回避（但未被法庭采纳）。

（二）本辩护人认为，公诉辞是充满矛盾的，尤其是关于安乐死行为也具有社会危害性的解释，更是矛盾百出。例如：公诉词已经肯定了安乐死同其他所有犯罪行为一样是具有社会危害性的，但在最后，公诉人又说：安乐死是可以在报刊杂志上进行讨论，甚至是可以提倡的。这岂不等于是，你今天站在这个庄严的法庭上向大家说：对于安乐死这一特定的“故意杀人”犯罪行为“是可以讨论和提倡的”吗？

我认为，既然认定了某种行为是对社会有危害的，就应当坚决禁止，更不应当允许讨论和提倡。现在，公诉人认为安乐死在我国是违法的，而且还是杀人罪（尽管他说了这种“杀人”的危害性，相当于明火执仗的凶杀案要小些，但总还是“杀人”），那就应当认为“安乐死是一种严重危害社会的行为”，对这种行为无疑也是应当用法律手段来加以坚决制止的。那么，请问公诉人，你们对于那些曾经在报刊上发表过文章，提倡、支持、宣扬过安乐死的学者、专家、教授和新闻工作者们，甚至包括邓颖超同志在内，是否打算对他们以“教唆犯”予以起诉呢？

还有，对于那些曾经发表和播送过这类文章的报刊、杂志、电台、电视台，是否也应当像扫黄工作一样，给它来一个“封闭”或“整顿”？

马寅初的“新人口论”，用现在的眼光看，当然是正确的。但是由于在当时认定是错误的、反动的，所以在那时不仅剥夺了他很长时间的人身自由，同时也剥夺了他继续研究学术的权利。我觉得今天的安乐死，也同当年马寅初及其所提倡的“计划生育”的处境差不多。从社会效果来说，“计划生育”无论就当时还是现在都是对人类（包括社会和个人）有好处的。但是，按当

时的道德观念和传统的法律解释，计划生育是不允许的。我们不能因为人们观念还没有转变，就说它对社会是没有好处的，或是有害的。对社会是不是有害或有好处，这是客观存在的，用法律的术语讲就是：应当“以事实为依据”，而不应当以某种解释为依据。这就是之所以会产生马寅初悲剧的历史教训。我提请合议庭在合议时，应当充分注意到这一惨痛的历史教训，不要让这马寅初式的悲剧在我们汉中重演。

（三）安乐死≠杀人罪。

公诉人为了证明“安乐死＝杀人罪”这一公式的成立，引用了高铭暄主编的《刑法学》关于“经被害人同意而剥夺其生命的行为，也是我国刑法所不允许的……为了解除被害人的病痛，这仅仅说明犯罪的社会危害性小，可以作为法院量刑时从轻或减轻的理由”为根据。我认为这是站不住脚的。

首先，要指出这是法理解释，不能作为法院定罪量刑的依据。

第二，安乐死的出现，其本身就是对传统法学理论的挑战。正是因为安乐死的兴起，才在法学界引起了广泛的争论。如中国人民大学刑法教授王作富和法学博士王勇认为：安乐死既是患者的承诺行为，又是一种医疗行为，可以使其违法性得以阻却，不构成犯罪。所以，在一定条件下的安乐死应予肯定，不应当作为犯罪来处理。为此，他提出了5条理由：①一定条件下的安乐死体现了革命人道主义精神，问题在于如何理解人道主义；②一个人没有处置自己生命的权利的问题，也不能一概而论；③一定条件下的安乐死不具有社会危害性，从而也就不具备犯罪的本质特征，不应认为是犯罪；④对实施安乐死的人一律定罪判刑，不符合我国刑罚目的与要求；⑤由于对安乐死采取了严格的条件限制，一般不会出现什么不良后果（见《健康报》1989年9月10日）。

第三，我国法学界介入对安乐死问题的讨论，时间是很晚的。具体说，就是我们汉中的这个“安乐死案”在1987年第8期的《民主与法制》杂志上首次披露以后，才引起了法学界的介入。而高铭暄主编的《刑法学》写于1981年，成书于1982年，1983年又作了一次修订。在这个时候，还不可能涉及安乐死的问题。因此，这只能认为《刑法学》上所指的“经被害人同意而剥夺其生命的行为”，并不是指现代医学伦理意义上“安乐死”，它所指的仍然是有社会危害性的行为。这是任何犯罪都必须具备的前提条件。而安乐死则不然，它并不是指一般意义的“应被害人要求”，“为了解除病人的痛苦”、“而剥夺其生命的行为”。它是有特定含义的，它必须同时具备：①有一个死亡的原因；②病人有不堪忍受的痛苦；③不违反本人意愿。只有具备了这三个先决条件才能实施。所以，安乐死并没有改变患者必死的命运，而只是改变了继续遭受和延长无法忍受的痛苦折磨的命运。因此，它是一种仁慈的行为，是在特定情况下病人利益的最高体现。这是安乐死区别于任何“他杀”、“受嘱托杀人”和“协助自杀”的最本质特征。

从法庭调查的事实看，本案是具备了上述三个先决条件的。因此，如果说冬眠灵确实加速了夏素文之死的话，那么也就是说，加速了一天就多免除了她一天的折磨，加速了两天就免除了她两天的折磨……加速得越多功劳就越大。这就是安乐死，作为一个医疗措施所体现的实际意义。

所以，安乐死同杀人罪是风马牛不相及的两码事，根本就不能混为一谈。

由于安乐死与《刑法学》上的“受嘱托杀人”在“受嘱托”与“解除病痛”等方面，确有共同之处，所以往往被人们混为一谈。这就势必混淆罪与非罪的界限。为此，我觉得有必要将“安乐死”与“受嘱托杀人”从理论上加以区分：

1. 概念不同：安乐死是在特定情况下所实施的一种医疗行为；而后者则是一种非法剥夺他人生命的行为。

2. 行为的规范不同：前者是一种道德规范；而后者是法律规范。

3. 研究的对象不同：前者是医学伦理学的研究对象；而后者是刑法学的研究对象。

4. 理论的依据不同：前者所依据的是病人的最高利益原则、自主原则、生命价值原则、社会公益原则、公平原则和公正原则等；而后者所依据的是刑法第10条及132条关于什么是犯罪和杀人罪的规定。

5. 前提条件不同：前者必须具备有一个死亡的病因，病人有不堪忍受的痛苦和不违反本人意愿这三个先决条件；而后者仅可能只具备其中的一个或两个条件。

6. 实施的主体不同：前者只能是医务人员或者受国家指定的特定人员；而后者可以是有行为能力的任何公民。

7. 实施的对象不同：前者必须是特定的病人；而后者可以是任何公民。

8. 主观愿望不同：前者是专为解除或者减轻病人的难忍性痛苦；后者必须具备杀人的故意。

9. 执行的程序不同：前者的执行必须按照严格的程序进行；而后者无任何程序可言。

10. 后果不同：前者不具有任何社会危害性；而后者则必须是对社会有害的行为。

（四）公诉人为证明安乐死的危害性，说了如下危言耸听的话：实施安乐死，就会造成社会伦理的混乱，“使杀人犯罪分子有机可乘，以安乐死手段，虐杀老弱病残，草菅人命”，“道德沦丧”、“风气败坏”。其实，这是不值一驳的。我们不能因为有人开着汽车冲到天安门去故意压人，而反对汽车的制造和使用。其

实，医疗业务本身也同样有一个医生利用医疗手段来进行谋杀的问题。按照公诉人的逻辑，那全国的医院都必须马上关闭。我认为，就是有人利用了安乐死实施了谋杀，那也决不是安乐死本身的问题。正如现在法律规定了禁止杀人，但是杀人的人仍然会出现一样，是不可避免的。我们不能因噎废食。

（五）我在前边已经讲过，用传统的刑法理论是不能解释今天的安乐死的。谁要是试图用传统的刑法理论来解释今天的安乐死，便只能陷入重重矛盾之中。在今天的法庭上之所以会出现，是因为你从刑法分则的条款上套认为是有罪的；我用刑法总则的原则来解释又是无罪的。在这里，刑法的分则与总则在打架，其原因就是安乐死是我国法律的空白，用现行的法律根本就无法解释安乐死。所以，对现行的法律进行完善，这正是我国法学界同仁们所面临的一个亟待解决的问题。

在这里，我想提请法庭注意一个问题：刑法总则是刑法中的纲领，是起指导作用的，我们在适用刑法分则的具体条文时必须坚持“刑法分则服从总则，分则不得与总则精神相悖的原则”。刑法分则的适用，首先要符合总则中关于什么是犯罪的规定。如果从刑法分则看是犯罪的，而从总则精神看来是不构成犯罪的，就不能适用分则中的具体条文。反之，如果从总则精神看是构成犯罪的，即使对该行为在分则中没有作具体规定，也应当比照分则中最相类似的条款，追究其刑事责任。这就是我国刑法的“类推适用”或称“类推原则”。如果忽视了这一点，我们的司法审判工作就会迷失方向，走上歧路。

刚才王明成的辩护人和公诉人均提到了类推的问题。我认为安乐死不具备社会危害性，缺乏类推的前提条件，所以对安乐死不能适用类推原则。

（六）公诉人在分析本案的主观构成要件时说：被告人的行为，在主观上虽然是善意的，但他所追求的目的仍然是“促死”

(杀人)，并且“希望”和“积极追求”这一后果的发生，“是好人办了坏事，但这并不影响主观构成要件的成立”。

本辩护人认为，公诉人的解释是牵强附会的，难以叫人信服。在这里公诉人忽略了一个重要的前提，即安乐死本身就包含“有一个死亡的病因”，是“必死无疑”的。在这种情况下，行为人（医生）没有必要再去追求其“死亡”的目的。安乐死只是一种死亡的方式（是痛苦的死，还是安乐的死），而不是致死的原因。说安乐死是追求死亡，这不符合事实。所以会产生这种误解，是由于公诉人至今并没有改变患者必死的命运，而只是改变了病人继续遭受和延长痛苦的命运。

（七）事实证明，在死者夏素文的4个子女中，王明成对其母亲的尽孝和尽义务是最多的。他要求给其母亲实施安乐死，也只是为了让老人少受病痛的折磨而已，并无任何恶意。根据我国法律“权利和义务一致”的原则，《继承法》第13条3款的规定，王明成不仅应当有继承他母亲遗产的权利，而且还可以多分遗产。但是，如果按照公诉人的指控，他要求对母亲实施安乐死的行为是一种“谋杀”行为的话，那么，根据《继承法》第7条第1项的规定，就应当完全剥夺他的继承权。这确实是很矛盾的。但法律本身是不应当自相矛盾的，法律的自相矛盾，只能说明法律本身有错误。因此，我要请公诉人回答，在这个问题上，究竟是法律本身有问题呢，还是你们的指控在适用法律上有错误？

（八）退一步讲，就算“安乐死＝杀人”，但因为本案在事实上并没有实施安乐死，所以也是不能定罪的。所谓被告人有实施安乐死的故意，其实只是当事人主观认识上的一个错误而已，但法律只能“以事实为根据”。不能因为被告人自己认为是安乐死(杀人)，我们就给他定一个“安乐死——杀人罪”。

（九）既然认定本案的性质是“故意杀人”，那么就应当对该案的所有当事人按照我国刑法关于共同犯罪的规定去处理。可是

现在公诉人仅对蒲连升和王明成两人提起公诉和对李海华、王晓玲作了免予起诉的决定，而对于众多的其他参与“杀人”者，却根本未予立案，这是没有道理的。按公诉人的指控，本案有这么几个情节：①是夏素文的两个子女策划（要求）的；②医生蒲连升开了医嘱复方冬眠灵100毫克；③经实习医生蔡××执行，实际注射复方冬眠灵75毫克，而未致死；④6小时后，医生李海华又开了复方冬眠灵100毫克；⑤由护士赵××执行，全部注入患者体内，而导致患者死亡。这就等于在这起“共同谋杀案”中，蒲连升和蔡××只杀了第一刀，但未杀中要害，后来李海华和执行护士赵××又补了一刀，杀中了要害，而致被害人死亡。若按“杀人”处理的话，那么李海华和赵××才是该案中起最主要作用的案犯。现在，公诉人仅指控蒲连升为主犯的理由是：“因为蒲连升是肝炎科主任，其他人都是在蒲的领导之下工作和按医嘱行事的，所以蒲连升应对本案负主要责任。”但是本辩护人认为，从法律上讲，既然定性为杀人罪，那么，他们之间也就不存在什么行政上的上下级关系和医护之间的关系了；若构成犯罪，他们之间就只能是“犯罪团伙”或者“共同犯罪”的关系。他们所干的也不是什么“执行医嘱”，而是受团伙的指使或分工共同完成“杀人”。现在，公诉人对本案被告的指控是犯有“杀人罪”，而在处理上却不去适用刑法规定的原则，而是按处理医疗事故的原则进行的，弄得不伦不类。这是难以自圆其说，难以叫人信服的。

我打这个比喻，并无心想将李海华和赵××作为本案的主犯。其实，若真要将李、赵两人作为“杀人”主犯来处理，也是够冤枉的。因为他俩确实是按“医嘱”行事的，并不具备“共同杀人”的故意。这也就是说，本案若按“杀人”处理，在适用刑法的“共同犯罪”的规定时，必然会陷入两难的境地中。这是为什么？是法律本身的问题，还是定性（适用法律）的不当？

（十）安乐死有主动与被动之分。主动安乐死，是指医务人员或者他人采取某种措施加速病人的死亡；被动安乐死，是指停止治疗或维持病人生命的措施，任其自行死亡。如果“安乐死＝杀人”能成立的话，那么，从刑法理论上说，主动安乐死就是一种“作为”的杀人，而被动安乐死就是“不作为”的杀人。在法学理论上“作为”的杀人与“不作为”的杀人，同样都是故意杀人，它们之间并没有本质的区别，只不过是杀人的方式与手段不同罢了。鉴于拒收晚期癌症病人和放弃一些“不治之症”的治疗等情况，是国内医务界的一种普遍存在的现象，可以说每个医院，甚至每个医生都有这种情况。这岂不是可以说，全国的医生都是杀人医生，所有的医院都是“杀人医院”了吗？这不仅在司法实践中根本行不通，就是在法学理论上也是紊乱的。

以本案为例：如按公诉人“安乐死就是杀人”的指控，那么，传染病医院院长雷震甲叫家属把病人抬回去，“放弃治疗责任”，“任病人自行死亡”，就已经实施了不作为的杀人。后来，他又在明明知道蒲连升用了第一针冬眠灵的情况下，不仅未采取应急措施进行补救，反而还让李海华大夫给病人注射了第二针。这对身为院长的雷震甲来说，有着无可逃脱的责任。请问公诉人，你们在对本案提起公诉的时候，是否还漏了一个更主要的被告人雷震甲呢？

（十一）审判长，现在我对鉴定程序再提一点意见。根据《刑事诉讼法》规定，鉴定是一种侦查措施，因此，鉴定只能在侦查中进行。如果需要对以前的鉴定结论重新鉴定，也只能按照《刑事诉讼法》第123条的规定，在庭审过程中，通过法庭调查和法庭辩论，如发现确有需要重新鉴定的情况时，再作延期审理的处理，在延期审理的过程中做出重新鉴定。这才是合法的程序。现在，还没有开庭，你们就把以前的3份鉴定结论给“枪毙”了，这样做是不妥的，也是违反法律程序的。

（十二）公诉人在答辩中承认“冬眠灵究竟加速了患者1分钟，还是2分钟的死亡时间，我说不清楚，你也说不清楚”。不错，我是说不清楚，我相信大家都说不清楚。这就更加证明了“冬眠灵加速了病人的死亡”之说，是没有事实和科学依据的，这只是鉴定人的一种推测，而推测是不能作为事实依据的。

（十三）安乐死是否为我国的法律所允许呢？我认为还是允许的。如上海《解放日报》报道“安乐死正在上海悄悄地进行”，《北京青年报》报道过“婴儿安乐死正在该地区连年不断地悄悄地进行”。而我刚才所说的“不作为的杀人”——被动安乐死，这是全国每个医院里都有的情况，但是这些报道向社会披露后，法律并没有去找他们的麻烦。

法律有多种形式，有成文法，不成文法，习惯法，判例法等等。我国的安乐死，虽然还没有制定出成文的法律来加以认可，但是根据上述事实，我认为安乐死在我国实际上早已为“不成文法”或“习惯法”所认可了的。如若不然，那么，在对本案侦查、起诉的过程中，公诉人已经掌握到，在本案之前，汉中市卫校不久前也发生过一起安乐死案。按公诉人的观点，这当然是“杀人”。然而，到今天为止，汉中市的公、检两家，不立案，不侦查，不起诉。如果不属于自己管辖也不移送，而是听之任之，那么汉中市的公、检两家，尤其是作为司法监督机关的汉中市人民检察院来说，这是不是一种失职行为？

（十四）证人雷震甲认为，安乐死是资产阶级的东西，“只有资本主义国家才能实施所谓的安乐死”，而“在社会主义的中国是绝对不行的”。其实，这是对安乐死的无知。而起诉书将此作为正确的观点加以引用，显然也是错误的。

安乐死问题的兴起，是人类文明的标志。它同计划生育、堕胎、器官移植等新事物的出现一样，是随着人类的文明，尤其是医学科技的进步，随着医学模式的转变而产生的一个新的道德问

题。现代医学正处于从单纯的“生物医学模式”向“生物—心理—社会医学模式”转变的时期。过去单纯的“生物医学模式”要求医生只对病人个体负责，所以才有“只要病人有一分钟的生命，就要进行一分钟救治”的道德观念，哪怕明知是毫无希望的，也要不惜代价去进行抢救。而新的现代医学模式（生物—心理—社会医学模式），则要求医生不仅要对病人个体负责，而且更主要的是要对全社会负责。

美国L·B·丘吉尔教授最近在中国讲学时指出：在美国大约有1万个“植物人”，靠公众的钱，昼夜不停地用药物及人工饲养的方法来维持其无价值的生命，他们每年所花掉的费用大约是15亿美元！那么拥有11亿人口的中国，又有多少“植物人”，需要花掉多少亿“人民”的“币”呢？然而，将如此之巨的开支付之东流，却被传统的观念视为符合“道德”的；广大医务人员的这种无价值的劳动，也被看作是“正当”和“合法”的。作为一个头脑清醒的人，能容忍这种现象继续存在吗？

我相信，公诉人也不会反对“安乐死是唯物主义”的观点。但公诉人又说，安乐死只有在资本主义国家才行，而在社会主义的中国是坚决不行的。我要问公诉人，资本主义和社会主义究竟谁更讲唯物主义呢？

十五、更正后的起诉书，是以陕西省高级人民法院的法医鉴定书为依据的。而这个鉴定书是在1990年2月22日形成的。这就是说，汉中市的公、检两家，从1986年9月20日立案至1990年2月22日时止，3年多的时间里，对本案被告的羁押和审查，都是在一种没有事实依据的情况下进行的。请问公诉人，从这里你们是否应当吸取什么教训？对于那些故意作伪证，故意歪曲事实真相，把水搅浑的人，对于故意设置陷阱，然后又对掉入陷阱的无辜落井下石的人，是否应当依法追究其法律责任？

后　记

我长期从事马克思主义哲学史研究，重点是马克思主义哲学形成史和当代意识形态问题。由于青年马克思是从法学转向哲学和经济学的，他的这一转向实际上宣示了法学和哲学的密切联系，宣示了法学的根据问题其实就是哲学问题，因而研究他这一思想历程的人就无权忽视其法学经历（尤其是他对于黑格尔法哲学的批判和反思），如同无权忽视其经济学经历一样。而当代法哲学研究的进展，又使得学界越来越倾向于认同“法哲学（Rechtsphilosophie）是哲学的一个分支，而不是法学的子学科”。[①] 正是出于这一考虑，这些年来我在招收的博士专业中设立了法哲学的研究方向，以期从法哲学方面加强对于马克思主义思想史的研究，并陆续培养出了3个这一方向的博士生，形成了一些研究成果。这些成果除了以博士论文的形式问世外，我也一直在考虑其他的发表形式。

记得是去年4月，湖南人民出版社的易和声编辑约我们写一本关于律师辩护辞方面的书籍，正好与我整理这些年来马克思主义法哲学方向的思路和成果的想法不谋而合，因此经过数次商议，确定以法理为线索，对于历史上重大经典案例的辩护辞等等从法理的角度予以剖析，写成一本以案说法的书籍，这就是本书的缘起。经过一年多的努力，从全书的思路设计，到资料的收

① （德）阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编《当代法哲学和法律理论导论》，法律出版社2002年版，第3页。

集，再到写作成书，可以说颇费心机。毕竟，这样一本以重大案例为题材，予以较透彻的法理乃至法哲学意义上的解剖和诠释的书，一方面要与当前众多的以案论案的纯经验实证式的案例书籍旨趣各异，另一方面又要不同于众多只追求体系完整而使案例沦为实例的法理书籍，确实不易成就。为了填补我们当前法学研究少有真正高度和深度的对于案例事实的解读的缺憾，为了使法理学不仅仅停留于理论之中，而把历史和现实的法律演变这些最为生动和真实的法理努力再现，我和我的几个博士生为此做了一些尝试，而更寄望于各界同仁的支持鼓励和相携而行。

本书由我总体架构、制定思路并修订统稿。各章作者具体分工如下：

侯惠勤（南京大学马克思主义理论研究中心主任、博导、教授）序言、第 1 章

陈湘文（南京大学博士研究生）第 4、5、6、7、8 章

李义松（南京大学博士研究生、律师）第 2、3、9、10、11 章

在本书的修改阶段，我的博士生郭榛树做了大量的文字工作，而本书也得益于易和声编辑提出的许多建设性意见。本书的案例资料大多引用自公开出版的书刊，其中国外案例也有我们直接翻译的资料，在此对于所有这些资料的原作者和相关出版单位致以诚挚的感谢。

还要特别提及的是，本书荣幸地获得了南京大学建设世界高水平大学项目资助，在此一并表示感谢。

侯惠勤

2003 年 7 月 27 日